

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS**

CLEDÍSIO FERREIRA DE FARIAS LIMA

**EFICÁCIA MANDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO FRENTE À
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR OMISSÃO**

**JOÃO PESSOA
2011**

CLEDÍSIO FERREIRA DE FARIAS LIMA

**EFICÁCIA MANDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO E IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA POR OMISSÃO**

Monografia Jurídica

Área: Direito Processual Coletivo.

Orientador: Prof. MSc. Fábio Bezerra
dos Santos

JOÃO PESSOA
2011

CLEDÍSIO FERREIRA DE FARIAS LIMA

**EFICÁCIA MANDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO FRENTE À
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR OMISSÃO**

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. MSc. Fábio Bezerra dos Santos

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

JOÃO PESSOA
2011

Dedico este trabalho a Deus, meus pais, irmãos,
namorada.

AGRADECIMENTOS

A Deus toda honra e toda glória, agora e para sempre.

Aos meus pais pela vida, crescimento, ensinamentos, paciência, amor dedicação e guarida.

Aos meus irmãos pelo exemplo, partilha de ensinamentos, momentos de imensurável felicidade e por sempre acreditarem em mim.

Aos meus avós pela transmissão de valores pautados em respeito, trabalho e honestidade.

A minha namorada pelo incentivo, amor, carinho, constante saudade e incondicional apoio.

Ao meu orientador, Fábio Bezerra, por clarear meus pensamentos e confiar em meu trabalho.

Aos Senhores Promotores de Justiça Carlos Romero Lauria Paulo Neto e Rodrigo Silva Pires de Sá por ofertarem estágio tão valoroso e defenderem a legalidade na Administração Pública municipal e estadual da Paraíba.

Aos assessores da CCRIMP (Bruno Santos, Déborah Amaral, Maria Tereza e Marcia Anita) pela amizade e trabalho.

Por fim, a todos aqueles que não acreditaram em mim. Vocês são meu estímulo diário.

“Eu sou um intelectual que não tem medo de ser amoroso, eu amo as gentes e amo o mundo. E é porque amo as pessoas e amo o mundo, que eu brigo para que a justiça social se implante antes da caridade.”
(Paulo Freire)

RESUMO

Trata-se de um estudo acerca do mandado de injunção como tenaz instrumento para o combate à improbidade administrativa por omissão. Busca-se por meio de um arcabouço sociológico, novos parâmetros processuais afeitos aos direitos fundamentais, ativismo judicial e o próprio *writ* combater o mal sem fim que as omissões corruptas causam em nossa sociedade. Direitos de cunho social são esquecidos, largados ao plano simbólico pela falta de norma que os regulamente, inércia do Estado e atuação claudicante de um Judiciário. Isso posto, propõe-se um Judiciário fomentador de direitos, fornecedor de respostas concretas à população. Nesta senda, vislumbra-se o mandado de injunção, a partir de sua inserção na Teoria Concretista e eficácia mandamental, a qual ordena, compele, obriga, como ferramenta vil para combater as omissões que impliquem em improbidade e materializar os direitos requeridos. Por fim, cita-se o exemplo altaneiro do Ministério Público da Paraíba que vem de forma corajosa combatendo a improbidade na esfera municipal e estadual.

Palavras-chave: Mandado de Injunção, Improbidade Administrativa por Omissão; Concretização de direitos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1. ASPECTOS SOCIOLOGICOS NO ENTENDIMENTO JURÍDICO.....	11
1.1 Concretização de direitos em sociedades de seletiva modernização.....	11
1.2 A teoria como contributo à pesquisa jurídica.....	13
1.3 Formas de legitimação da dominação.....	16
1.4 A Constitucionalização simbólica e a luta pela concretização de direitos.....	20
2. LIMITES E POSSIBILIDADES DO PROCESSO CONSTITUCIONAL.....	22
2.1 Direito de Ação enquanto Direito Fundamental.....	23
2.1.1 Noções, Perspectivas e a Eficácia dos Direitos Fundamentais.....	23
2.1.1.1 Direito fundamental à ação.....	24
2.2 Princípios Processuais Constitucionais.....	25
2.2.1 Direito Fundamental a um Devido Processo Legal.....	27
2.2.2 Princípio da Isonomia.....	29
2.2.3 Princípio do Contraditório e Ampla Defesa.....	30
2.2.4 Princípio do Juiz Natural.....	31
2.2.5 Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.....	31
2.2.6 Princípio da Publicidade.....	33
2.2.7 Princípio da Motivação das Decisões.....	34
2.2.8 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição.....	34
2.3 O Advento do Processo Constitucional.....	35
2.3.1 O Processo Constitucional como Catalisador dos Direitos Fundamentais.....	37
2.3.2 O Processo Constitucional Brasileiro.....	38
2.3.3 O STF e a Democratização do Processo Constitucional.....	41

3 EFICÁCIA MANDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR OMISSÃO.....	45
3.1 Classificações das Normas Constitucionais, segundo José Afonso Da Silva.....	47
3.1.1 Síndrome da Inefetividade das Normas Constitucionais.....	49
3.1.2 Origens do Mandado de Injunção.....	51
3.1.3 Possíveis Influências do Mandado de Injunção sob a Ótica do Direito Alienígena	53
3.2 O Mandado de Injunção Constitucional.....	54
3.2.1 O Procedimento do Mandado de Injunção.....	56
3.2.2 O Mandado de Injunção na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	58
3.3 O Mandado de Injunção como Eficaz Instrumento de Combate à Improbidade Administrativa por Omissão.....	65
3.3.1 A Cultura Brasileira da Improbidade.....	65
3.3.2 A Improbidade Administrativa por Omissão.....	67
3.3.3 O Mandado de Injunção como Remédio para Improbidade por Omissão.....	68
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	71
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	73

INTRODUÇÃO

O Direito como um estatuto planejado e premeditado é dirigido para um fim racionalizado. Para que tal modelo funcione, é necessário o processo de burocratização da Administração Pública, realizada dentro de um modelo organizacional.

No Estado Democrático de Direito de modernidade periférica, o Processo Constitucional e os direitos fundamentais encontram maior óbice para sua efetivação pela dificuldade em atender os reclames de uma sociedade de extrema heterogeneidade, além do desproporcional acesso aos bens simbólicos e materiais. A partir do vencimento dessas barreiras é que se constrói uma lógica concepção de cidadania.

Nas sociedades periféricas há uma sobreposição político com relação ao sistema jurídico. Por conseguinte, o acoplamento Luhmanniano é deveras distorcido com este descompasso, corrompendo de tal feita, os procedimentos jurídicos, gerando uma positivação longe de produzir efeitos concretos. Esse é o elemento chave que permite a construção do capítulo primeiro.

Entende-se neste trabalho que o conflito faz parte da construção da sociedade, incorporando uma visão neofuncional e sistêmica como elemento essencial para a garantia da cidadania. Dessa forma, a cidadania não é algo inato, natural, nem parte de apadrinhamento, amizade, mas sim da incorporação e assimilação das diferenças no direito da cidadania.

A partir de tal patamar, não se pode pautar as promessas constitucionais para uns poucos grupos abastados, detentor de interesses políticos (sobrecidadãos, segundo Neves), em detrimento de “subcidadãos”, conforme pensamento do mesmo autor, que cumprem papel de denunciar a realidade “constitucional-inconstitucional”, invocando o cumprimento da lei.

Contudo, segundo Marcelo Neves, tal processo de “constitucionalização simbólica”, não é um processo inútil, pois possibilita o surgimento de movimentos e pressões para uma ampliação da cidadania, podendo ser auferida por meio de um processo de neoconstitucionalismo e ativismo judicial.

Tratar-se-á, no segundo capítulo, o processo constitucional, evidenciando seus limites, possibilidades e avanços conquistados para uma melhor tutela jurídica. Em seguida, serão traçadas perspectivas, noções do direito de ação enquanto direito fundamental, tratando principalmente de suas dimensões objetivas (Estado protetor dos direitos fundamentais) e subjetivas (a valoração e irradiação sobre toda ordem jurídica), além da eficácia horizontal (eficácia privada) e vertical (relação entre particular e Estado).

O direito fundamental à ação é proveniente do monopólio estatal da jurisdição e

concretização em uma faculdade de defender em juízo e obter resposta justa. Os princípios processuais constitucionais são barreiras de proteção ao cidadão e diante de uma ótica Neoprocessualista que se remete ao Neoconstitucionalismo, já se pode falar em direitos fundamentais processuais.

A Constitucionalização do Processo inicia-se quando a socialização do processo começa a ser amplamente absorvida pelos textos legais. A partir disso, ação, jurisdição e processo passam a ser estudadas também por constitucionalistas. O Processo Constitucional transforma-se em catalisador de direitos fundamentais, operacionalizando instrumentos para fazer com que a mera existência de um plexo de normas, consubstancie-se em direitos concretos e usufruíveis.

No Processo Constitucional Brasileiro serão trazidas estruturas de uma endo-processualidade (constitucionalização do processo em geral) e exo-processualidade (direito constitucional processual em sentido estrito), assim como o importante desempenho do STF na democratização do processo constitucional.

No último capítulo serão observadas as normas de eficácia limitada, com base no professor José Afonso da Silva e a batizada por Lenza de “Síndrome da Inefetividade das Normas”. A soma desses dois tópicos desembocará no mandado de injunção que será analisado de forma crítica, através de seu histórico, características e possíveis influências do direito alienígena.

Tal *writ*, após certo período de amadurecimento, ganhou conotação concretista em decisões reiteradas do Supremo que combinada com sua eficácia mandamental, também assim entendida pela Egrégia Corte. Logo, vislumbra-se ele como ideal instrumento a ser manejado para omissões dos administradores que impliquem em improbidade administrativa.

Desta feita, enormes problemas de não cumprimento do que posto em lei seriam combatidos através de um Judiciário que, além de notificar os poderes pelo não exercício de direitos, entregaria para o pleno gozo de seus destinatários, não implicando isso em uma deturpação na separação dos poderes.

A Improbidade será analisada em sua vertente legal (Lei 8.429), assim como em seu viés sociológico, inserido em uma cultura de corrupção, própria do sistema brasileiro. Ainda, será trazida neste trabalho a posição exemplar e corajosa do Ministério Público do Estado da Paraíba que, através de sua Comissão de Combate aos Crimes de Responsabilidade e à Improbidade Administrativa (CCRIMP), vem combatendo nas esferas estadual e municipal a continuada prática desonesta dos agentes públicos.

1 ASPECTOS SOCIOLÓGICOS NO ENTENDIMENTO JURÍDICO

1.1 Concretização de direitos em sociedades de seletiva modernização

Discutir como a sociologia pode contribuir para o estudo e a compreensão do direito, é aceitar os aspectos típicos de uma sociedade racional legal que permite que o processo de sistematização, codificação e historicidade tornem-se hegemônicos diante do seu contraponto tradicional. Entretanto, como toda tipificação ideal¹, excluímos, para efeitos metodológicos, elementos residuais ou não significativos para a nossa construção teórica.

A possibilidade de outras manifestações serem encontradas na regência da administração pública é fato não desprezado por este trabalho monográfico, porém desconsiderado como evidência não representativa. Assim, admite-se a multiplicidade de dados possíveis, bem como, sua polissemia. Cabe ao pesquisador realizar um recorte mais representativo da realidade vivenciada e objeto da sua análise. Para expor, de maneira simplificada, são utilizadas formas de ordenamento que caibam em uma perspectiva sociológica jurídica, acostada às definições utilizadas por Max Weber e abaixo expostas.

Uma ordem é denominada:

- a) Convenção, quando sua vigência está garantida externamente pela probabilidade de que, dentro de determinado círculo de pessoas, um comportamento discordante tropeçará com a reprovação (relativamente) geral e praticamente sensível;
- b) Direito, quando está garantida externamente pela probabilidade de coação (física ou psíquica) exercida por determinado quadro de pessoas cuja função específica consiste em forçar a observação dessa ordem ou castigar sua violação.

Se, a tendência de aceitação e obediência a determinados ordenamentos, tipificados dentro de várias formas ideais de dominação, permite que uma sociedade específica, em consonância com as suas especificidades contingentes a um tempo e espaço, escolha um tipo de dominação que usufruirá da vigência da legitimidade em detrimento de inúmeros outros possíveis; é correto deduzir que essa escolha de uma relação autêntica de dominação, - que visa uma obediência externa e interna, sua transmissão e reprodução -, carece do processo de

¹ WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília: Editora UnB, 2004, p. 12. “[...] a Sociologia, por sua vez deve delinear tipos ‘puros’ (‘ideais’) dessas configurações, os quais mostram em si a unidade conseqüente de uma adequação de sentido mais plena possível, mas que, precisamente por isso, talvez sejam tão pouco freqüentes na realidade quanto uma reação física calculada sob o pressuposto de um espaço absolutamente vazio.”

legitimação que garanta a persistência da subordinação social.

Esse trabalho se propõe a adotar um referencial teórico cujas premissas tomam a vigência da legitimidade baseada na isonomia, impessoalidade, imparcialidade dos tribunais e universalidade das regras estatuídas e do direito que orientam a conduta humana, sem desconsiderar a existência de outras formas de legitimidade não dominantes na sociedade. Para efeitos teóricos e metodológicos o modelo dos tipos ideais será o adotado nessa monografia.

O direito como um estatuto planejado e premeditado é dirigido a um fim racionalizado. Esse processo pode ser originário de acordos ou imposições que têm a pretensão de ser respeitados como significativos. Para que esse modelo ganhe funcionalidade torna-se imprescindível o processo de burocratização da administração pública. A obediência é realizada dentro de um modelo organizacional: previsto e determinado com antecedência pelas regras; exercido de maneira continuada; com sua competência definida de forma objetivamente limitada por meios coercitivos admissíveis. A terminologia autoridade institucional é uma categoria que necessita das características elencadas acima.

O processo constitucional e os direitos fundamentais encontram em sociedades com características seletivas de modernização o seu maior dilema: atender às novas demandas geradas pelos atores sociais dentro da constituição de uma esfera pública aberta aos seus reclames. Porém, a difusão de direitos de cidadania, em um espaço democrático, encontra obstáculos pelo desproporcional acesso aos bens simbólicos e materiais. Desatar esse nó górdio, reconhecer as diferenças e novas identidades em sociedades tão desiguais, precisa da construção e incorporação de uma concepção de cidadania que se adéque às situações próprias da nossa sociedade.

Como lembra Marcelo Neves, na citação a seguir, ao analisar o problema do Estado Democrático de Direito na modernidade periférica.

A situação torna-se grave, visto que emergem relevantes problemas de heterorreferência do Estado em uma sociedade mundial supercomplexa e, simultaneamente, persistem destrutivamente os bloqueios generalizados à reprodução autônoma dos sistemas jurídico e político, minando a Constituição como acoplamento estrutural entre ambos e como intermediação sistêmico-procedimental da esfera pública pluralista.²

² NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã**: uma relação difícil – o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 236-237.

Em suma, em contraponto a autoreferência, quando há uma realidade da construção – o direito falando dele mesmo –, a heterorreferência, que ultrapassa o conceito de heteronomia, refere-se à construção da realidade em relação ao mundo externo. Nessa perspectiva, o sistema do direito deixa de ser entendido como autopoietico, - caracterizado por uma rede fechada de processos que se (re)cria dentro dos seus próprios elementos com uma comunicação intrasistêmica que produz o seu próprio sentido, um sistema é autopoietico ou não o é (direito/não-direito) –,³ para caracterizar-se como alopoietica – caracterizado por processos que (re)cria o direito a partir de elementos do seu meio-ambiente, o sistema e o seu entorno perdem o significado diferencial, pois suas fronteiras da esfera de juridicidade não encontram-se definidas.

Nesse sentido, o acoplamento estrutural, expresso na forma de uma Constituição, permite que o sistema jurídico e o sistema político, sistemas sociais autônomos, produzam relações de interpenetração (influências recíprocas e contínuas). Porém, no caso em pauta, o Estado Democrático de Direito nas sociedades periféricas, há um esgarçamento das relações entre os dois sistemas levando a um descompasso que corrompe o processo de procedimentos jurídicos pela invasão de critérios extrajudiciais, produzindo constantes crises identitárias. Então, deduz-se que “[...] o problema central não reside na produção de mais ou menos textos normativos, mas sim na superação das condições desjuridizantes que determinam a colonização do direito pela sociedade.”⁴

1.2 A teoria como contributo à pesquisa jurídica

Essa breve introdução não prescinde de uma explicação dos fundamentos que norteiam essa pesquisa científica. Seja como orientação para os objetivos pretendidos, conceituação e classificação dos fatos, é possível encontrar formas que delimitem a teoria, como Marconi e Lakatos concluem “[...] um conjunto de princípios fundamentais, que se constituem em instrumento científico apropriado na procura e principalmente na explicação dos fatos (...)”⁵

Como complemento, a citação a seguir permite-nos entender a importância da teoria para o desenvolvimento e validação do conhecimento científico.

³ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2010.

⁴ NEVES, Marcelo. **Entre ténis e leviatã: uma relação difícil – o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 239.

⁵ MARCONI, Marina de Andrade e LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 116.

A teoria serve como orientação para restringir a amplitude dos fatos a serem estudados – a quantidade de dados que podem ser estudados em determinada área da realidade é infinita. Entretanto, cada ciência, em particular, estudando os fenômenos mais importantes neles contidos, ou seja, explorando uma amplitude limitada de coisas, ao mesmo tempo que ignora ou faz suposições sobre outras. Portanto, na orientação da procura dos principais objetos das ciências, torna-se indispensável a atuação da teoria [...] ⁶

A proposta desse capítulo não é o de realizar uma fundamentação baseada na literatura relacionada ao problema da monografia. Essa pretensão cabe aos próximos capítulos que almejam demonstrar o que foi escrito sobre o tema, analisando em relação aos objetivos e hipótese de trabalho. Para efeitos práticos, de elaboração monográfica, não coube a um capítulo específico a reunião e análise das informações publicadas. Elas encontram-se inseridas em cada capítulo analítico. Os trabalhos de revisão da literatura, ou seja, o que foi escrito sobre o tema, constam em livre associação e confronto de idéias com o objeto deste trabalho. Assim, como pode ser observado, a bibliografia geral e específica é utilizada como subsídio ao longo de todo o texto, não apenas reservado a um momento especial.

O capítulo, ora em trabalho, é derivado da necessidade de agregar, ao conhecimento das ciências jurídicas, o campo de conhecimento da sociologia. Desse encontro de horizontes, onde não foi adotada uma corrente sociológica específica, mas contributos de alguns autores complementares, com suas variantes possíveis e lógicas, que permitiram tornar possível a identificação de uma maior riqueza na abordagem pretendida e o uso de referenciais não tão usuais no campo do direito.

É compreensível que esse ponto de intersecção, pretendido na monografia, assumo o risco da imaturidade própria de um trabalho de graduação, entretanto serve para abrir novas perspectivas que poderão gerar futuras pesquisas em possíveis pós-graduações, objetivo almejado durante sua produção.

Não pretendo que este capítulo, ao adotar uma análise de cunho sociológico, seja considerado um mero apêndice das pretensões para a compreensão da hipótese de trabalho. Ele abre novas frentes analíticas que auxiliam, de maneira privilegiada, a interpretação do mundo jurídico.

Esse trabalho objetiva entender o direito como parte integrante de uma teia, tecido social, donde os seus fios se inter-relacionam com vistas à produção de um sentido,

⁶⁶ Idem, Ibidem, p. 117.

assimilação e sua transmissão, a partir da legitimação, gerando relações funcionais e sistemáticas na sua estrutura. Essa tessitura permite que o conflito seja interpretado, não como um elemento dissonante ou anômico (ausente de regras e ordenamento)⁷, mas parte específica e constitutiva da sociedade.

A análise sociológica procura incorporar a uma visão neofuncional e sistêmica, e os seus teóricos, a noção de conflito como elemento essencial para a garantia da cidadania. Vê-se as relações de subordinação e dominação, nos distintos grupos de interesse, como constitutivo da estrutura social.

A linha de pensamento que enfatiza o conflito social remonta a muitos séculos. Essa expressão pode dar a entender que ela estuda somente eventos dramáticos mas, na verdade, sua perspectiva é muito mais ampla, inclui tudo o que acontece na sociedade. Seu principal argumento não é simplesmente o de que a sociedade consiste em conflito, mas o de que, quando o conflito não é explícito, ocorre um processo de dominação. De acordo com sua concepção, a ordem social é constituída por grupos e indivíduos que tentam impor seus próprios interesses sobre os outros, sendo que podem ou não irromper conflitos abertos nessa luta para obter vantagens.⁸

O processo de diferenciação, paradigma típico da nossa sociedade complexa, tem como pretensão a integração de sistemas a partir do desenvolvimento de instrumentos que promovam a mediação entre eles. Não trata-se da visão de um consenso normativo ou de uma ação comunicativa produzida na arena pública. É a partir da relação do sistema-ambiente que aquele, inserido neste, deve ordenar, ajustar e adaptá-lo.

Nessa visão, os direitos de cidadania não são dados como inatos ou naturais, sua garantia ou acesso não partem de relações de amizade, parentesco, geracionais ou compadrio. Mesmo, como já foi afirmado, essas relações tradicionais não estarem ausentes, mas persistirem enquanto resíduos de uma sociedade racional legal. Nesta, o conflito ganha uma importância que impede o engessamento e ausência de progresso pela incorporação e assimilação das diferenças aos direitos de cidadania. Diferentemente daquela, onde a rigidez hierárquica que produz e mantém privilégios torna disruptivo o conflito devido a ausência, quase total, de mobilidade social.

⁷ Para Durkheim, clássico sociológico que, diferentemente de Marx e Weber, afirmava que as regras morais e jurídicas produzem laços que enredam os indivíduos à sociedade, constituindo um todo coerente e harmônico. A ausência dessas formas de solidariedade, mecânica e orgânica, próprias, respectivamente, do direito repressivo e punitivo, engendra a anomia: “[...] se a divisão do trabalho não produz a solidariedade, é porque as relações entre os órgãos não são regulamentadas, é porque elas estão num estado de anomia.” DURKHEIM, Émile. **Da divisão do Trabalho Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 385.

⁸ COLLINS, Randal. **Quatro tradições sociológicas**. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 49.

Como dissecou Stendhal, no seu romance⁹, os grupos subalternos e subordinados encontravam, apenas, como militar ou clérigo possibilidades de ascensão. É em uma sociedade racional legal, onde o processo de positivação do direito se afirma como justo ordenador e, a violência, que permite a coerção, torna-se monopólio legítimo do Estado, o *locus* privilegiado de preocupação na construção de um espaço de inclusão do outro.

1.3 Formas de legitimação da dominação

Apesar dos vários matizes interpretativos, a tese dominante na teoria weberiana funda a dominação legal no império da lei, a Constituição que rege as relações dos grupos dominantes e dominados. Sua produção, aplicação e administração têm nas esferas clássicas do poder sua realização competente.

Não são harmônicas as escolhas teóricas feitas para o entendimento da eficácia de direitos constitucionais em um país com características marcadamente desiguais e conflituosas. Nessas situações o acesso à esfera do direito precisa de garantias que evitem que as desigualdades dos campos econômicos e sociais produzam privilégios que extensivos ao jurídico.

Max Weber imputa significativa importância ao tópico relativo à burocracia, tendo o quadro administrativo burocrático como elemento mais racional de gerir a sociedade moderna.

A imparcialidade, requerida como pré-requisito para a existência da máquina burocrática, estabelece um funcionamento que visa distanciar-se de formas de pressão e do senso comum. A possibilidade de acesso universal a todos os cidadãos, independente da sua posição social, *status* ou poder econômico, permite que as premissas de um Estado racional legal sejam garantidas. Nessa perspectiva, o processo de burocratização deixa de ser compreendido como um fenômeno nocivo para substituir os ordenamentos fundados em privilégios.

São essas noções que, apesar de reconhecer a existência de pontos negativos – a transformação do processo em um recorte do real, parado no tempo –, levam a um refluxo nas características personalistas e patrimonialistas¹⁰ da nossa sociedade e da representação judiciária.

⁹ STENDHAL. **O vermelho e o negro**. São Paulo: Nova Cultural, 2002.

¹⁰ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2008. Tese defendida pelo autor e baseada nos conceitos típicos ideais de Max Weber. Raymundo Faoro procurou entender a constituição da nossa história a partir de uma disputa entre tipos tradicionais e racional legal.

Assim, refere-se Raymundo Faoro à nossa realidade institucional, ao afirma que a sociedade brasileira necessita de mais racionalidade e menos relações tradicionais na busca por uma impessoalidade, imparcialidade e meritocracia no funcionamento da máquina estatal.

No estamento burocrático, fundado no sistema patrimonial do capitalismo politicamente orientado, adquiriu o conteúdo aristocrático, da nobreza da toga e do título. A pressão da ideologia liberal e democrática ao quebrou, nem diluiu, nem desfez o patronato político sobre a nação, impenetrável ao poder majoritário, mesmo na transação aristocrático-plebéia do elitismo moderno. O patriciado, despido de brasões, de vestimentas ornamentais, de casacas ostensivas, governa e impera, tutela e curatela. O poder – a soberania nominalmente popular – tem donos, que não emanam da nação, da sociedade, da plebe ignara e pobre. O chefe não é um delegado, mas um gestor de negócios, gestor de negócios e não mandatário. O Estado, pela cooptação sempre que possível, pela violência se necessário, resistem a todos os assaltos, reduzido, nos seus conflitos à conquista dos membros graduados de seu estado-maior.¹¹

Assim, parto para uma análise da burocracia estatal como elemento significativo para o meu objeto de estudo. Suas particularidades sevem de destaque, sob um recorte que privilegia as especificidades dessa monografia. No restante, não desconsidero a importância do conceito, porém, dentro dos limites pretendidos, não prolongarei a sua exposição para evitar uma falsa erudição ou mera superficialidade no uso de dados que não atingem diretamente a hipótese trabalhada.

Como alternativa ao processo de burocratização da administração da justiça, surge o diletantismo, dissociado da capacidade profissional e disciplina. Dessa maneira, diante da necessidade de gestão contínua, rigorosa, intensa e calculável, a burocracia apresenta-se como forma ideal.

As especificidades da nossa sociedade levam a necessidade de agregar, como marcos teóricos, análises dirigidas aos nossos problemas e condições. Um estudo rigoroso sobre o problema do Estado brasileiro tem que levar em consideração conceitos de modernidade periférica¹² e sub-cidadania¹³. Dessa forma, utilizo autores que descrevem a realidade

¹¹ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2008, p. 836-837.

¹² “[...] se é verdade que houve impacto modernizante nas sociedades periféricas, a força das relações ‘pré-modernas’ anteriores de certo modo ‘esquematizariam’ o dado novo, implicando ou na dominância das relações pré-modernas sobre as modernas, como ocorre na imensa maioria dos casos, ou ainda na proposição de um dualismo indeciso e cambaleante entre um e outro princípio de estruturação social, gerando uma confusão e

nacional em perfeita consonância com quadros conceituais.

[...] pode-se concluir que o Estado democrático de direito, ao pressupor reciprocamente uma esfera pública pluralista, legitima-se enquanto é capaz de, no âmbito político jurídico da sociedade supercomplexa da contemporaneidade, intermediar consenso procedimental e dissenso contencioso e, dessa maneira viabilizar e promover o respeito recíproco às diferenças, assim como a autonomia das diversas esferas de comunicação.¹⁴ (grifos meus)

As interpretações feitas com viés positivista jurídico sobre Max Weber e Niklas Luhmann, diferentemente do que apregoa Habermas¹⁵ ao afirmar o caráter transformador do meio jurídico em associação ao mundo da vida, foi adotada como uma visão pautada pelos tipos ideais que buscam interpretar o direito dentro de sistemas fechados.

Essas escolhas não diminuem a riqueza e complexidade analítica que identifica na adaptação um instrumento para o progresso civilizacional, sem desprezar as diferenciações funcionais e polissemia advindas da necessidade inevitável de especialização e diferenciação como consequência da progressiva divisão social do trabalho. Assim, evita-se o conceito habermersiano acerca de uma concepção dual da sociedade pautada por duas formas de reprodução social, material e simbólica, que levam a duas formas de integração, sistêmica – relativa às conexões funcionais – e social – dirigidas a interpretação.

Todo esse desiderato encontrado em autores como Weber, Luhmann, Neves e Souza esbarram no caráter aporético e conflitivo da modernidade que identificam nos limites e possibilidades do processo constitucional. Pensar além dos conceitos produzidos por esses e outros teóricos não é deixar de pensar com eles, mas adaptar à realidade vivenciada. No mito grego de Procusto, ele amputava os seus hóspedes para adequá-los a sua cama. A cama de Procusto é o símbolo dessa arrogância que invade o campo do conhecimento jurídico que tenta restringir a riqueza do real ao campo do Direito em desfavor da busca da verdade. Os capítulos a seguir almejam se distanciar desse hábito para, mesmo cômico das suas

indeterminação da análise [...]” SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003, p. 95.

¹³ “É que, na dimensão infra e ultrajurídica do respeito social objetivo compartilhado socialmente, o valor do brasileiro pobre *não-europeizado* [...] é compatível a que se confere a um animal doméstico, o que caracteriza objetivamente o seu status sub-humano. Existe, em países periféricos como o Brasil, toda uma classe de pessoas excluídas e desclassificadas, dado que elas não participam do contexto valorativo de fundo [...]” Idem, Ibidem. p. 174.

¹⁴ NEVES, Marcelo. Do consenso ao dissenso: o estado democrático de direito a partir e além de Habermas. In: SOUZA, Jessé (org.). **Democracia hoje**: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Editora UnB, 2001, p. 111-164.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1997. 2 vols.

limitações, procurar interpretar os elementos garantidores de cidadania dentro de um paradigma de sociedade na modernidade periférica.

As relações entre o direito, a política e os demais sistemas típicos da sociedade desconsideram situações próprias que garantem a persistência da exclusão social brasileira que, ao impedir o acoplamento estrutural,¹⁶ mantém o descompasso entre os direitos de cidadania e o espaço político. Analisar instrumentos específicos garantidores do Estado Democrático de Direito é entender os novos papéis e funções exigidas pela sociedade para a promoção do bem-estar social¹⁷.

A heterogeneidade de novos atores sociais que emergem à esfera pública inviabiliza a construção de uma cidadania seletiva ou impassível às novas demandas sociais. Ao mesmo tempo, esse mundo complexo encontra dificuldade na promoção do consenso e das convicções comuns.

A institucionalização das expectativas necessita do processo de generalização e acesso para exposição e reclame desses direitos. São pré-requisitos que por si não intensificam ou promovem a cidadania.

Persistindo na pretensão moralista da condição formal-pragmática do resultado racionalmente consensual, Habermas deixa de levar às últimas consequências o caráter plural e heterogêneo da soberania do povo como procedimento(s). Esta se afirma, em uma sociedade supercomplexa, na medida em que os procedimentos do Estado Democrático de Direito estão discursivamente abertos aos diversos valores e interesses que circulam na esfera pública, assim como às exigências dos subsistemas autônomos da sociedade, sem privilegiar ou excluir qualquer um deles ou delas. Os resultados são imprevisíveis e, muito frequentemente, fortificam o dissenso conteudístico no próprio povo. O que pressupõe necessariamente é que as regras do jogo democrático do Estado de Direito sejam respeitadas por todas as partes, ou seja, imprescindível é o consenso procedimental.¹⁸

Diante dessa perspectiva, os próximos capítulos se propõem a analisar a eficácia mandamental do mandado de injunção e improbidade administrativa por omissão. Não há

¹⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. 2vls.

¹⁷ “Atualmente se delinea, entretanto, pelo menos o seguinte: que a continuidade do desenvolvimento não depende da fidelidade normativa do direito positivo com referência a pressupostos suprapositivos de expectativas humanas globais, mas sim de capacidade de solucionamento de problemas que, enquanto capacidade de análise e decisão, de reestruturação assimilativa e adaptação de programas terão que ser inseridas no sistema jurídico tanto em termos categoriais, quanto institucionais.” Idem, Ibidem. v. 2, p. 163.

¹⁸ NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã**: uma relação difícil – o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 164.

expectativa de um ponto médio comum para os conteúdos propostos. Há de se analisar alguns conceitos de constitucionalização simbólica defendida por Neves, além do desiderato objetivo de construção de direitos positivados para desembocarmos em uma aceitação do consenso procedimental como garantidor do Estado Democrático de Direito, através do acesso da divergência e do conflito na esfera pública.

1.4 A Constitucionalização simbólica e a luta pela concretização de direitos

Neves desenvolve a constitucionalização simbólica como “[...] a reprodução do sistema por critérios, programas e códigos de seu ambiente (alopoiese)”¹⁹. Portanto, engendra a possibilidade de descrever o direito da sociedade moderna como “autopoiética”, isto é, capaz de autoproduzir-se a partir de critérios, programas e códigos de seu próprio ambiente

Marcelo Neves assenta em sua obra que a legislação simbólica é aquela em que há sobremaneira a preponderância ou desenvolvimento assoberbado de elementos políticos, ideológicos, em detrimento do caráter normativo e jurídico. Trocando em miúdos, há a impossibilidade do acoplamento luhmanniano, entre sistemas alopoiéticos, nos países com realidades periféricas, caracterizada pela justaposição do sistema político sobre o jurídico.

A Constituição seria um limite e separação de possíveis influências da moral, direito natural, costumes, propiciando desta feita, um cerramento para anseios, pressões e influências que viessem a macular ou contrapor os ideais propostos.

Tal ideal de Constituição não passa de promessas vãs, pois a partir de um bloqueio jurídico, que fora positivado, esvaie-se em interesses políticos, constituindo direitos apenas para uns poucos cidadãos mais abastados, chamados pelo autor de *sobrecidadãos*. Já a classe dos *subcidadãos* denuncia a realidade “constitucional-inconstitucional”, invocando o cumprimento da lei. Logo, é deveras perceptível que tal constitucionalização é grande cobertor de problemas sociais, segregador de sujeitos de direito e óbice para uma plena isonomia e transformação social.

Contudo, a constitucionalização simbólica, segundo Marcelo Neves não é um “jogo de soma zero”, porque instiga o surgimento de movimentos e organizações sociais relacionadas com valores proclamados no texto constitucional, lutando por uma ampliação cidadania.

Nesse aspecto, mecanismos emergem para convalidar formas de concretização de direitos, propiciando um Judiciário com respostas mais céleres, efetivas e indistintas. Uma das

¹⁹ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica: uma síntese. **Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco**, Recife, v. 1, p. 37-75, 1997.

ferramentas é o neoconstitucionalismo, o qual propõe a eficácia do texto constitucional, expurgando seu caráter meramente retórico e optando por modelo efetivador.

Para Walber de Moura Agra, “[...] o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático de Direito”.²⁰

Há ainda outra ferramenta, o ativismo judicial que por intermédio da hermenêutica constitucional na interpretação dos princípios e cláusulas abertas impõem obrigações ao administrador público sem, contudo, serem previstas em lei. Em decorrência da omissão legislativa, o STF e instâncias inferiores vem sendo convocados a se pronunciarem sobre matérias notadamente pertinentes de regulamentação do Legislativo.

Há o ativismo judicial inovador (criação, *ex novo*, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida do crime continuado). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa²¹

A partir deste entendimento do Prof. Luiz Flávio Gomes, acerca da existência de duas espécies de ativismo judicial, é possível estabelecer as premissas que sustentarão o nosso trabalho. Dentro desse espectro doutrinário, os próximos capítulos poderão tornar-se elucidativos da hipótese aventada para início desse trabalho monográfico.

²⁰ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 31.

²¹ GOMES, Luiz Flávio. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12921>. Acesso em 08/11/11

2 LIMITES E POSSIBILIDADES DO PROCESSO CONSTITUCIONAL

A processualização da jurisdição constitucional é resultado da soma de um constitucionalismo aberto, democrático, dialético somado a um conjunto de elementos que ensejem a sua existência. A processualidade constitucional caracteriza-se pela decisão em torno da construção de uma constitucionalidade discursiva, com caráter aberto, institucionalizador da racionalidade pragmática, com a fundamentação do Estado de Direito Constitucional na discursividade, na resolução dos conflitos pelo discurso²².

A forma de se conseguir uma feição caracterizada de jurisdição constitucional passa pela organização de um binômio (distribuição de competências e funções institucionais pela lei) somada, principalmente, à estruturação interna da processualidade discursiva, com abertura aos cidadãos para que também possam ter voz e ativamente participar do processo.

A função de uma jurisdição constitucional processualizada é a construção de direitos fundamentais sob um paradigma democrático-processualizante, com uma cidadania ativa voltada para a intervenção processual maximizada e possível co-protagonização da decisão judicial e a conseqüente construção de direitos pelo cidadão, evitando uma passividade jurídico-política do mesmo que revela exatamente uma postura de conformismo dominado e de ausência de uma consciência política da cidadania participativa e ativa juridicamente.²³

Logo, por meio de constante debate entre o magistrado e a sociedade, refutando-se a atividade uníssona do primeiro, é possível construir uma justiça propiciadora de direitos, com respostas mais justas e eficazes aos anseios sociais, perfazendo assim uma jurisdição de cunho constitucional, cujo aprimoramento concede pleno desenvolvimento aos direitos fundamentais. Desta feita, observa-se que o Processo Constitucional não é em si mera atividade instrumental, mas propriamente um plexo garantidor dos direitos fundamentais que por meio de ação, jurisdição e processo, são impostas limitações, distribuída competências e concedida agilidade aos feitos.

Tais limitações são vistas com a necessidade de se atender pressupostos objetivos e

²²ALEXANDER, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 12.

²³LIMA, Newton de Oliveira. A jurisdição constitucional procedimentalista como meio de construção de direitos fundamentais. **Revista Jus Vigilantibus**, Segunda-feira, 15 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/37511/3>. Acesso em: 17/11/2011.

subjetivos no processo. A distribuição de competências organizam e dão sentido lógico, podendo o processo ser distribuído em razão da matéria, do território, entre outras formas. Já, boa forma de personificação da celeridade, é a criação, com a Lei 9.099/95, dos Juizados Especiais que por intermédio de um procedimento mais ágil, julga determinadas demandas que não exigem tanta complexidade.

O procedimento constitucional demanda certos pressupostos essenciais: o direito à celeridade dos processos, a razoável duração dos pleitos; obrigações emergentes do princípio de celeridade; formas de controle constitucional (preventivo, repressivo direto, repressivo indireto e ocasional): recurso de inconstitucionalidade; ação de inconstitucionalidade; exceção de inconstitucionalidade e incidente de inconstitucionalidade.²⁴

Contudo não basta uma gama de direitos, sem que esses sejam assegurados, garantidos. Nesta senda, o Processo Constitucional aponta diversos instrumentos de proteção: habeas corpus, mandado de segurança, “*writ of injunction*”, habeas data, ação ou recurso de inconstitucionalidade, ação direta de declaração de inconstitucionalidade, amparo, “*writ of error*”, “*writ of certiorari*”, “*writ of prohibition*”, “*quo warranto*”²⁵

Não obstante, como forma de criar ainda mais resguardo ao processo constitucional, foram criados alguns pressupostos básicos como: o direito de ação e direito de defesa judicial (juntos formam o *due process of law*); a concessão de igualdade entre as partes, oferecendo paridade de “armas” para ambas as partes; o inviolável direito à defesa em qualquer grau de procedimento; o princípio do juiz natural; da legalidade e a tutela jurisdicional do direito e interesse legítimo contra atos da administração pública.

2.1 Direito de Ação enquanto Direito Fundamental

2.1.1 Noções, Perspectivas e a Eficácia dos Direitos Fundamentais

A essencialidade dos direitos fundamentais pode ser observada no plano formal e material. O aspecto da formalidade é explicado por meio da dignidade, defesa e auto-aplicabilidade desses e podem ser vistas diante das limitações impostas ao Poder Constituinte Reformador e Derivado, a existência de cláusulas pétreas e quorum suficiente para as emendas constitucionais.

²⁴ Idem, Ibidem.

²⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Disponível em: www.mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_55_56/Jose_Baracho.pdf

Para identificar um direito fundamental material é indispensável analisar seu conteúdo (estrutura do Estado e da sociedade), principalmente sob o aspecto da pessoa *humana*. A feição da materialidade é apresentada a partir do pressuposto que os direitos fundamentais repercutem a partir da estrutura do Estado e da sociedade²⁶.

A Carta Constitucional, em seu art. 5º, §2º, institui um sistema constitucional com esse aspecto material. Por conseguinte, se um direito fundamental consta em determinado título do Texto Maior, nada impede que ele reapareça em outro. Por exemplo, pode a Constituição citar a desapropriação no art. 5º, XXIV e retornar a citar no art. 185 da mesma. Ainda cabe dizer que o rol dos direitos fundamentais é meramente exemplificativo.

Já as perspectivas dos direitos fundamentais partem das normas que afirmam valores, incidindo sobre o ordenamento jurídico e influenciando os três poderes. Tal valoração é de ordem objetiva, entretanto há espaço para subjetividade. O valor nela contido é espalhado no ordenamento jurídico e na compreensão, falando-se assim em efeitos irradiantes. As leis fundamentais incidem, irradiam sobre os aspectos sociais e políticos, regulando as relações entre particulares e Estado, além das negociais.

Uma das mais importantes conseqüências da dimensão objetiva está em estabelecer ao Estado um dever de proteção dos direitos fundamentais. Esse dever de proteção relativiza "a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos (*Austrahlungswirkung*) sobre toda a ordem jurídica²⁷".

A eficácia dos direitos fundamentais é vista no plano horizontal e vertical. A eficácia horizontal, também chamada de "eficácia privada" ou de "eficácia em relação a terceiros", é vista na relação entre particulares, a partir do momento em que protege uns contra os outros por serem ambos titulares de direitos fundamentais. A eficácia vertical refere-se ao Estado que além de obrigado a não agredir os direitos fundamentais, tem ainda a missão de impor o respeito pelos particulares²⁸.

2.1.1.1 Direito fundamental à ação

Com a proibição da autotutela e o monopólio estatal da Jurisdição, foi concedido aos

²⁶SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 81.

²⁷MENDES, Gilmar Ferreira. **Âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as possíveis limitações, hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 209.

²⁸COSTA JÚNIOR, Ademir de Oliveria. A eficácia horizontal e vertical dos Direitos Fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 41, 31/05/2007. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1838. Acesso em: 03/11/2011.

particulares o direito de ação como forma de buscar uma prestação jurisdicional efetiva e que atendesse de forma justa e motivada aos seus reclames. O direito fundamental à ação é a faculdade garantida constitucionalmente de deduzir em juízo e receber uma resposta satisfatória e justa, respeitando os princípios do processo. A ação além de representar um elemento constitucional, é verdadeiro direito subjetivo exercido contra o Estado e obriga ao réu a comparecer em juízo, daí dizer-se direito potestativo.

Por conseguinte, o direito de ação não é um *his day in Court*, na sugestiva denominação da Suprema Corte americana, mas uma garantia constitucional que engloba uma infinidade de faculdades (direito à prova, a produzir alegações, ao contraditório, enfim de influir na formação do convencimento do órgão judicial).

Nas palavras de Marinoni:

O direito fundamental de ação obriga o Estado a prestar tutela jurisdicional efetiva a todo e qualquer direito que possa ter sido violado ou ameaçado. Ela não é um direito que exige que o Estado atue para protegê-lo, mas sim um direito que requer que o Estado exerça a função jurisdicional de maneira adequada ou de forma a permitir a proteção efetiva de todos os direitos levados ao seu conhecimento²⁹.

Em seu aspecto positivo, o direito à ação encontra reserva no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, sendo, de tal feita, corolário do princípio inafastabilidade do Judiciário e do amplo acesso ao Judiciário.

2.2 Princípios Processuais Constitucionais

Celso Antônio Bandeira de Mello define a importância de uma ordem baseada em princípios para o ordenamento jurídico:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1, p. 205-206.

nome sistema jurídico positivo³⁰.

Os princípios no cerne de construção de um processo pela garantia dos direitos fundamentais não respaldados pelo ordenamento jurídico são como verdadeira munição a ser introduzida dentro desse contexto de proteção ao cidadão. A partir disso, os princípios constitucionais emergiram para dar fulcro às relações sociais por eles abrangidas e regulamentadas, sendo sua apreciação de imensurável relevância para ordem jurídica.

Com o advento de novas relações sociais, surge o reconhecimento de uma nova cidadania no Brasil, tornando mais equilibrada e justa as suas pretensões de defesa em juízo, firmando uma nova postura do indivíduo na tutela de seus interesses. Com esse ideal, o estudo do Direito Processual sofreu uma renovação do pensamento jurídico, por meio de uma perspectiva constitucionalista do estudo do processo. Hoje, já se fala em um Neoprocessualismo, ou seja, um estudo do Processo Civil de caráter constitucional (utilização do controle difuso de constitucionalidade, proporcionalidade, cláusulas gerais). Já havendo assim, a tendência em se falar de princípios processuais, bem como direitos fundamentais processuais. Daí, não há como se falar em Processo Civil, Penal ou do Trabalho sem se optar pelo seu cunho constitucional.

O Neoprocessualismo se remete ao Neoconstitucionalismo, surgido na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, com denominado formalismo-valorativo, cujos seguidores hipertrofiaram o estudo dos institutos processuais, sob uma ótica neoprocessualista. Tal movimento aduz um processo primado de boa-fé e com indelével aspecto ético. Em razão dessa matriz constitucional, a mencionada corrente trata os tradicionais princípios processuais como direitos fundamentais processuais especialmente aqueles que contam com previsão expressa na Constituição³¹.

Marcelo Lima Guerra traduz bem a questão:

[...] o uso de terminologias como ‘garantias’ ou ‘princípios’ pode ter o inconveniente de preservar toda aquela concepção das normas constitucionais, sobretudo aquelas relativas aos direitos fundamentais, que não reconhece a plena força positiva de tais normas, em suma, a sua aplicação imediata. Dessa forma, revela-se extremamente oportuno procurar substituir essas expressões terminológicas pela de ‘direitos fundamentais’, de modo a deixar explicitado a

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

³¹ DONIZETTI, Elpidio. O processo como meio de efetivação dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2564, 9 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/16936>>. Acesso em: 5 set. 2011.

adoção desse novo marco teórico-dogmático que constitui o cerne do constitucionalismo contemporâneo, a saber, a teoria dos direitos fundamentais³².

As normas processuais, à luz do neoconstitucionalismo e do neoprocessualismo, encontram seu fundamento de validade e eficácia nas normas de direitos fundamentais. O processo deve ser adequado à tutela dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e estruturado conforme essas mesmas normas (dimensão objetiva – direito fundamental ao contraditório, à ampla defesa, etc.).

O magistrado ocupa posição de “centro desempenhador da reconstrução do processo civil fundamentado na Carta Magna”. É uma das formas que o CPC encontra para tal construção é a exemplificada pela ampla liberdade ao magistrado para determinar as medidas necessárias para efetivação das tutelas específicas, como dito no. 461, §5º do atual CPC.

Outro exemplo da adequação processual ao neoconstitucionalismo são alguns artigos do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: 1º do anteprojeto do novo CPC: “Art. 1º - O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Podendo ainda serem citados o art. 4º (maior efetividade), art.5º (celeridade processual), art. 6º (devido processo legal substancial), art. 8º (igualdade processual).³³

2.2.1 Direito Fundamental a um Devido Processo Legal

O devido processo legal advém do desejo de liberdade, justiça do homem e a necessidade de o Estado tutelar devidamente suas aspirações, de forma ordenada, respeitando limites e garantias constitucionais, com finalidade de se obter uma resposta lúdica de sua pretensão. Proveniente do direito inglês, com vultosa influência em nosso ordenamento, é fundamentado na luta do cidadão contra a opressão de um Estado tirano, como visto:

João Sem-Terra, ao assumir a coroa, passou a exigir elevados tributos e fez outras imposições decorrentes de sua tirania, o que levou os barões a se insurgirem: ‘Os desastres, cinzas e arbitrariedades do novo governo foram tão asseverantes, que a

³² GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003, p. 100

³³ DONIZETTI, Elpidio. O processo como meio de efetivação dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2564, 9 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/16936>>. Acesso em: 5 set. 2011

nação, sentindo-lhe os efeitos envilecedores, se indispôs, e por seus representantes tradicionais reagiu. Foram inúteis as obsecrações. A reação era instintiva, generalizada; e isso, por motivo de si mesmo explícito: tão anárquico fora o reinado de João, que se lhe atribuía outrora, como ainda nos nossos dias se repete, a decadência; postergou regras jurídicas sãs de governo; descurou dos interesses do reino; e, a atuar sobre tudo, desservindo a nobres e a humildes, ameaçava a desnervar a energia nacional, que se revoltou. Assim, em 15/06/1215 John foi obrigado a concordar apondo seu selo real, com os termos da declaração de direitos, que lhe foi apresentada pelos barões, a qual ficou conhecida como Magna Carta, ou *Great Charter*, da qual ainda existem preservados quatro exemplares originais. Por esse documento, o Rei John jurou respeitar os direitos, franquias e imunidades que ali foram outorgados, como salvaguarda das liberdades dos insurretos, entre eles a cláusula do devido processo legal (*due process of law*). Destaca-se que a Magna Carta (1215) evidenciou pela primeira vez, de modo inequívoco, que nenhuma pessoa, por mais poderosa que fosse, estaria acima da lei, ao assegurar, em seu § 39, com as alterações da Carta de 1225, com regra absoluta a ser observada, o devido processo legal (*due process of law*)³⁴.

Com tal influência do direito inglês, a Constituição Federal, adotou o princípio que hoje é norte para qualquer outro, ou para qualquer processo existente no judiciário. Encontra-se insculpido no artigo 5º, inciso LIV, com a seguinte redação: “Art. 5º- [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal [...]”.

Nelson Nery Junior, em sua obra *Princípios de processo civil na Constituição Federal*, pois, entende, que bastando a adoção do devido processo legal, já decorrerão todos os outros que ensejam a garantia de um processo e de uma sentença justa³⁵.

São derivados do *devido processo legal* outros tantos princípios tais como: o da isonomia; juiz natural; da inafastabilidade da jurisdição; do contraditório; da proibição da prova ilícita; da publicidade dos atos processuais; do duplo grau de jurisdição; da motivação das decisões judiciais.

A importância da garantia constitucional do *due process of law* é reconhecida no Direito Comparado e no Direito Internacional ao incluí-la na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, das Nações Unidas, segundo dispõem os seus arts. 8º e 10 expressamente: “Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos

³⁴SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal – Due process of law**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 15-16.

³⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 42.

pela constituição ou pela lei;" e "Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela."

E para regulamentar as questões de vida, liberdade, igualdade e as decorrências desses direitos, utiliza-se do processo substantivo, para findar o cerceamento de leis ou atos administrativos que firam direitos do cidadão. Sua aplicação, para escapar ao puro "ou maculado" arbítrio do interprete, se dá com o auxílio do princípio da razoabilidade, ou seja, ocorre a ponderação dos diferentes valores dos bens jurídicos protegidos ou tutelados.

2.2.2 Princípio da Isonomia

A busca da igualdade substancial dos litigantes faz com que no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal traga-se princípio da isonomia processual, derivado da isonomia insculpida, resumindo em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, ou seja, a busca da igualdade.

A isonomia pode ser dividida em formal e material. A primeira é aquela meramente prevista no texto legal. É uma igualdade puramente negativa, que tem por escopo abolir privilégios, isenções pessoais e regalias de certas classes. Para o alcance da segunda mostre necessário tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na exata medida de suas desigualdades. Vale dizer: as pessoas ou as situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos.

Tal princípio de vultosa relevância constitucional tem como destinatários tanto o legislador, como o intérprete e no âmbito processual, a isonomia reflete em várias situações que procuram se amoldar ao contexto em que está inserido o processo. É exemplo disso a maior atividade probatória do juiz no processo, o que não o torna parcial, mas sim, mais preparado para prolatar a sentença, assim como, dirimir determinadas discrepâncias sociais, econômicas e técnicas entre as partes.

Nesse giro, Nery Junior sustenta como materialização da isonomia e plenamente constitucional o artigo 188, do CPC, ao aduzir: "Na verdade, o princípio constitucional da isonomia deve ser entendido em relação à Fazenda Pública e ao Ministério Público em seu sentido substancial. Assim, deve-se conceder tratamento desigual aos desiguais, na exata medida das suas desigualdades."³⁶

³⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 42-50. No mesmo sentido: Cf. MORAES, José Roberto de. As prerrogativas e o

2.2.3 Princípio do Contraditório e Ampla Defesa

Nossa Lei Maior situou os destacados princípios conjuntamente em seu inciso LV, artigo 5.º: "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes;"

Vicente Greco Filho assinala:

O contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável³⁷.

Liebman assevera:

A garantia fundamental da Justiça e regra essencial do processo é o princípio do contraditório, segundo este princípio, todas as partes devem ser postas em posição de expor ao juiz as suas razões antes que ele profira a decisão. As partes devem poder desenvolver suas defesas de maneira plena e sem limitações arbitrárias, qualquer disposição legal que contraste com essa regra deve ser considerada inconstitucional e por isso inválida³⁸.

Princípio da Ampla Defesa, das maiores traduções do Estado Democrático de Direito pugna pela liberdade inerente ao indivíduo, a defesa de seus interesses, possibilidade de alegar fatos e constituir provas. A Ampla Defesa abre espaço para que o litigante exerça, sem qualquer restrição, seu direito de defesa.

A Ampla Defesa não é uma piedade, generosidade, bondade, mas um interesse

interesse da Fazenda Pública. In: BUENO, Cássio Scarpinella; SUNDFLED, Carlos Ari. **Direito processual público**: a fazenda pública em juízo. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 70

³⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 11. ed. atual. vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 90. Vale notar que o Professor Vicente Greco Filho engloba, nos elementos que compõem o Princípio do Contraditório, os próprios elementos do Princípio da Ampla Defesa – indissociáveis dentro da natureza dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

³⁸ LIEBMAN, EnricoTullio Apud MARCATO, Antônio Carlos. Preclusões: limitação ao contraditório? **Revista de Processo**, São Paulo, ano 5, nº 17, 1980, p. 111.

fundamentalmente público. Em um Estado Democrático de Direito, defender-se baseado em um direito positivado, é o pilar necessário para o desenvolvimento de uma sociedade que tem como dos maiores adventos a democracia, liberdade e o direito.

2.2.4 Princípio do Juiz Natural

Para assegurar a imparcialidade (e a independência) do juiz é que a maioria das Constituições contemporâneas consagram o Princípio do Juiz Natural, exigindo que a designação do julgador se dê anteriormente à ocorrência dos fatos levados a julgamento e feita de forma desvinculada de qualquer acontecimento concreto ocorrido ou que venha a ocorrer.

Juiz Natural, assim, é aquele que está previamente encarregado como competente para o julgamento de determinadas causas abstratamente previstas, podendo ser encontrado na doutrina sob as mais diversas denominações, dentre as quais: princípio do juízo legal, o princípio do juiz constitucional e o princípio da naturalidade do juiz.

Na atual Constituição o princípio é extraído da interpretação do inciso XXXVII, do art. 5º, que preceitua que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e também da exegese do inciso LIII, que reza: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Na expressão tribunais de exceção, compreende-se tanto a impossibilidade de criação de tribunais extraordinários após a ocorrência de fato objeto de julgamento, como a consagração constitucional de que só é juízo órgão investido de jurisdição.

O segundo aspecto do princípio do juiz natural é aquele contido no inciso LIII, do artigo 5º da Constituição Federal, onde prevê a garantia de julgamento por autoridade competente.

O princípio está calcado na exigência de preconstituição do órgão jurisdicional competente, entendendo-se este como o agente do Poder Judiciário, política, financeira e juridicamente independente, cuja competência esteja previamente delimitada pela legislação em vigor.³⁹

2.2.5 Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição

Ada Pellegrini ensina que:

Consoante noticiam os doutrinadores, o princípio da inafastabilidade do controle

³⁹ TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Constituição de 1988 e processo**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 3.

jurisdicional teve sua origem na Constituição de Weimar e na Constituição de Württemberg, embora referido princípio seja considerado, nos moldes com que atualmente delineado, uma ampliação dos dispositivos inseridos nos precitados Diploma⁴⁰.

No Direito nacional, enxerga-se os antecedentes do princípio da inafastabilidade da jurisdição na Constituição do Império, que assegurava, dentre as garantias elencadas em seu artigo 179, a independência do Poder Judiciário, ao definir que "nenhuma autoridade poderá avocar as causas pendentes, sustá-las ou fazer reviver os processos findos".

A Constituição de 1988 consagra, de maneira ampla, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ao preceituar em seu artigo 5º, inciso XXXV, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Nelson Nery Junior menciona que: "em que pese o destinatário principal desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão"⁴¹.

A garantia constitucional em tela é amplíssima, porque compreende pessoas que possuem do direito mais líquido e certo até as pessoas com pretensões infundadas, cujos direitos não possuem nenhum respaldo no ordenamento jurídico. Assim, a Jurisdição não deixará de apreciar seu feito, mesmo que sem provimento.

O destinatário principal do direito em voga é o legislador, embora atinja a todos sem restrições. Logo, o legislador ou qualquer outra pessoa não podem impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir a pretensão.

Canotilho define o princípio:

[...] garantir uma melhor definição jurídico-material das relações entre Estado-cidadão e particulares-particulares, e, ao mesmo tempo, assegurar uma defesa dos direitos 'segundo os meios e métodos de um processo juridicamente adequado'. Por isso, a abertura da via judiciária é uma imposição directamente dirigida ao legislador no sentido de dar operatividade prática à defesa de direitos. Esta imposição é de particular importância nos aspectos processuais.⁴²

⁴⁰ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 133.

⁴¹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 406.

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 275.

Uma das decorrências do princípio diz respeito à atribuição de assistência integral e gratuita aos necessitados, conforme preceituado pelo art. 5º, LXXIV, da CF, que assegura, aos que provarem insuficiência de recursos, "assistência jurídica integral e gratuita". Em nosso país a atividade de consultoria, postulação, assistência jurídica integral gratuita é exercida pela defensoria pública para pobres, conforme a lei.

Outra vertente do artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, ratifica o direito de ação em sentido processual, entendido este como o devido processo legal com procedimento adequado ao exame contraditório do litígio. O direito de ação é um direito público subjetivo, cujo conteúdo é a atividade jurisdicional, que redundará no cumprimento da obrigação estatal pelo juiz, consistente no proferimento da sentença. Assim, prolatada a sentença, entende-se por realizado o direito subjetivo de ação.

A acessibilidade à Justiça não é suficiente para proporcionar a prestação da tutela jurisdicional *adequada*: é imprescindível que seja assegurado o devido processo legal, com todas as garantias que lhe são próprias, especialmente uma efetiva de “paridade de armas”.

2.2.6 Princípio da Publicidade

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 93, inciso IX, traz expressamente a determinação de que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, sob pena de nulidade. A Norma Maior também traz no seu art. 5º, o princípio da publicidade, porém propondo duas exceções. Estas se sobrepõem ao dito princípio, em função de no momento de conflito exercerem papel mais importante no aspecto social e jurídico:

Art. 5º. Omissis

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

A publicidade dos atos processuais está elencada como direito fundamental do cidadão, mas a própria Constituição Federal faz referência aos casos em que a lei admitirá o sigilo e a realização do ato em segredo de justiça. A lei enumera os casos, no entanto como rol não taxativo, nada impede que o juiz confira sigilo a outros atos, conforme seu critério, em virtude de interesse público, hipótese em que deverá justificar o seu proceder.

2.2.7 Princípio da Motivação das Decisões

O princípio da motivação das decisões em nossa realidade jurídica não tem a sua origem em nosso ordenamento jurídico atual, mas nas Ordenações Filipinas, as quais vigoraram em nosso Estado mesmo após a nossa independência política, fez-se presente, também, no Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, na fase monárquica. Na República, figurou nos códigos de processo estaduais sob a égide da Constituição de 1891, na Constituição Federal de 1937 e, atualmente, no Código de Processo Civil de 1973 e na Constituição Federal, como garantia constitucional consagrado no artigo 93, inciso IX⁴³.

O princípio da motivação das decisões judiciais concede alvedrio às partes para recorrer, ao mesmo tempo que confere melhor entendimento aos juízes dos tribunais superiores dos fundamentos da sentença recorrida. Caso não fosse motivada, o direito ao contraditório estaria mitigado, assim como o da recorribilidade das decisões, porque não haveriam elementos suficientes para sustentá-los.

Além dos motivos jurídicos de natureza instrumental, também há guarida para o princípio, baseado na sua obrigação dentro de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, da CF), garantido pela efetiva participação e controle dos atos decisórios, demonstrando que o juiz não favoreceu nenhuma das partes ou decidiu em desconformidade com o direito.

2.2.8 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

É a possibilidade facultada oferecida à parte vencida de ter o conflito reexaminado. Ou seja, é a possibilidade de recorrer a fim de que o processo seja julgado por mais um juiz, garantindo a idoneidade e segurança da decisão proferida. É baseado no inconformismo da parte sucumbente, não possibilidade de falibilidade humana, ou eventuais erros cometidos pelo juiz que primeiro apreciou a demanda.

O STF acentua a não configuração a um direito ao duplo grau de jurisdição, excepcionalmente naqueles casos em que a Constituição assegura ou garante esse direito (arts 102, II; 104, II; 108, II).

Luiz Guilherme Marinoni, que afirma que:

⁴³ BADR, Eid. Princípio da motivação das decisões judiciais como garantia constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2415, 10 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14333>>. Acesso em: 5 set. 2011.

[...] o aludido inciso do art. 5º garante os recursos inerentes ao contraditório, vale dizer o direito aos recursos previstos na legislação processual para um determinado caso concreto, ressalvando que, para certa hipótese, pode o legislador infraconstitucional deixar de prever a revisão do julgado por um órgão superior⁴⁴.

Sendo o duplo grau de jurisdição um princípio, poderá ocorrer deste se confrontar com outros que se colocam como contraponto. Nesse momento, o jurista deve ponderar a sua aplicação e limites no caso concreto. Nelson Nery Jr. oferece a melhor alternativa para tal querela, observando que:

[...] essa ponderação é feita inicialmente pelo legislador, sopesando valores através das normas principais. Ponderando assim a complexidade da matéria, a importância social da causa, as circunstâncias procedimentais e a duração razoável do processo, pode o legislador, concedendo maior peso à efetividade sem sacrificar (eliminar) os princípios do devido processo legal e ampla defesa, optar restringir o duplo grau de jurisdição em determinadas causas ou em certas circunstâncias⁴⁵.

Como é possível deduzir, a partir da alteração promovida pela EC n 45/04, com redação conferida pelo §3 do art. 5º passou-se a indicar uma abertura para a idéia de que tratados ou convenções incorporados após a referida EC, os quais versem sobre direitos humanos, possam inserir no texto constitucional, outros mecanismos e garantias de efetivação do duplo grau de jurisdição. Sendo a hipótese submetida aos requisitos formais e objetivos para a aprovação de emendas constitucionais.

2.3 O Advento do Processo Constitucional

Como já se disse no I Congresso Ibero-americano de direito constitucional, ocorrido no México em 1975,

[...] é necessária uma maior aproximação entre os constitucionalistas e os estudiosos do processualismo científico, com o objetivo de estudar com maior aprofundamento e de forma integral as matérias que correspondem a zonas de confluência entre

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 217-218.

⁴⁵ NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 163.

ambas as disciplinas e que têm relação direta com a função do órgão jurisdicional⁴⁶.

A Constitucionalização do Processo inicia-se já quando a socialização processual começa a ser amplamente absorvida pelos textos legais (códigos e ordenanças processuais) e ganha força na forma de se interpretar e aplicar os institutos do processo⁴⁷.

A partir dessa nova prática, os três institutos básicos da teoria geral do processo (ação, jurisdição e processo) passaram a ser estudados também por constitucionalistas.

Tal constitucionalização passa por duas etapas bem definidas: a "*justiça constitucional*" e a "*constitucionalização da justiça*". A primeira tendo por marco inicial a obra de Kelsen e seus estudos sobre os meios processuais que garantiriam a efetividade da Constituição. Busca uma nova concepção da jurisdição que almeja dar efetividade à Constituição através do processo. Já a segunda disciplina (direito constitucional processual), relaciona-se ao que Fix-Zamudio⁴⁸ chama de "*constitucionalização da justiça*", ou seja, o fenômeno da regulação constitucional das instituições.

A partir disso, o "direito processual constitucional" passa a estudar os chamados "remédios constitucionais" (v.g., mandado de segurança, mandado de injunção, habeas corpus e habeas data), chamados de "jurisdição constitucional da liberdade" e a "jurisdição constitucional orgânica". "Já o "direito processual constitucional" estuda, do ponto de vista do Direito Constitucional, os dispositivos (normas e princípios fundamentais) referentes ao processo, presentes nas Constituições⁴⁹".

O direito processual constitucional serve para garantir a realização do direito constitucional por meio de regras constitutivas de uma cadeia procedimental adequada ao exame e controle das questões jurídico-constitucionais. Dessa forma, o objeto e o fim do processo constitucional encontram-se associados aos da própria Justiça Constitucional⁵⁰.

A partir do momento em que o processo está inserido no âmbito constitucional, toda justiça, juízes e tribunais são considerados Constitucionais.

⁴⁶ FIX-ZAMUDIO, Héctor. El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Ciudad Del México, a. X, vol. 30, 1977, p. 318.

⁴⁷ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdiccional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

⁴⁸ FIX-ZAMUDIO, Héctor. El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Ciudad Del México, a. X, vol. 30, p. 315-348, 1977.

⁴⁹ O grande referencial aqui, segundo FIX-ZAMUDIO é Couture Por influência de Couture, as "Primeiras Jornadas Latino-americanas de Direito Processual", ocorridas em 1957 (assim como as subsequentes) deliberaram, entre suas conclusões, vários temas referentes a "garantias constitucionais do processo" Idem, Ibidem, p. 323-324.

⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1043.

2.3.1 O Processo Constitucional como Catalisador dos Direitos Fundamentais

A Constituição organiza a convivência política em uma estrutura social que se constitui no mais valioso norte para a interpretação de suas normas e se apresenta como conjunto de orientações para os integrantes da comunidade política, de caráter eminentemente dinâmico, que pretende realizar-se mediante sua institucionalização e sua implantação na realidade social, o que justifica a Constituição como um processo que também é capaz de rearticular os aspectos da moral, do Direito e da política, sem que eles sejam descaracterizados. Constituições que se propõem a instaurar um “*Estado Democrático de Direito*” tem “*direitos e garantias fundamentais*” com posição central.

Nesse sentir, o processo constitucional conflui na proteção dos direitos fundamentais, com uma proteção jurídica constitucional. Há, a partir disso, uma transformação social com a democratização da sociedade, formatação de jurisdição aberta, participativa, desembocando em uma processualidade jurídico-democrática, a qual se funda no império da consciência do ter, buscar e conseguir direitos constitucionalmente protegidos e garantidos.

A mera existência de um plexo de normas, não é elemento suficiente para a concretude destas, por conseguinte, fazendo-se mister a operacionalização de instrumentos ,com viés também constitucional, para fomentar a materialização dessas proposições abstratas, possibilitando sua realização no plano real das relações sociais. A partir desse momento, a função do direito é concretizar a justiça.

A tutela constitucional do processo ou a constitucionalização do direito cívico de ação não bastam para configurar o 'devido processo legal'. Como vimos, o processo é instrumento de atuação da Constituição, e o binômio processo-Constituição constitui não somente garantia de justiça, como também garantia de liberdade. O direito não deve ficar à mercê do processo, nem sucumbir diante da inexistência ou insuficiência deste.⁵¹

A importância do processo constitucional implica no manuseio de instrumentos previstos em um rol descritivo no texto constitucional como garantia formal que pode ser concretizada e exercida na possibilidade dos cidadãos serem mais do que destinatários ou figurantes na busca pelo direito, mas sim, exercerem papel fundamental e participativo na

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 99.

construção de uma cidadania ativa.

Afirma Baracho:

O cidadão concreto exerce seus direitos e assume deveres no ambiente político em que realiza práticas sociais. A dinâmica da cidadania faz-se entendê-la não como um conjunto de valores, de direitos e de deveres inscritos na Constituição do Estado, mas na prática militante do debate político⁵².

A matriz processualista na linha de Häberle colmata uma visão democrática da Constituição, implicando na construção de direitos e de instrumentalização processual de garantias de direitos dentro de uma matriz operante processual: é uma visão publicista e processualista em suas bases atuacionais. Implica no desenvolvimento e construção de uma cidadania com utilização de um instrumental garantista posto em sua configuração formal na Carta Constitucional escrita.

Ser cidadão, desenvolvendo a visão de Häberle, é agir com fulcro no instrumental posto constitucionalmente, dando-lhe eficácia e atuando como agente processual constitucional, procurando produzir um discurso jurídico próprio, implementador de uma interpretação do cidadão sobre as normas e não ser somente um sujeito-passivo destinatário da interpretação do Estado-juiz⁵³.

2.3.2 O Processo Constitucional Brasileiro

No que tange ao processo político-constitucional brasileiro, cumpre registrar que, vencidas as fases do constitucionalismo liberal (1824-1934) e do constitucionalismo social (1934-1988), o Brasil tem vivenciado, de último, especialmente a partir da Constituição de 1988, a fase do constitucionalismo democrático, albergado por um modelo de Estado de Direito que aponta para o funcionamento das instituições e para um Estado Social de Justiça, ainda que distorcida, em parte, a compreensão da atividade política vinculada aos órgãos de representação parlamentar.

Hoje é muito simples falarmos em respeito ao contraditório, ampla defesa, devido

⁵²BARACHO, José Alfredo Oliveira. **Direito processual constitucional** – aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 116.

⁵³HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 32.

processo legal, porque além de sua positivação, materialização, já há um “bem-querer constitucional” com aceitabilidade destes, fundado na justiça e democracia, com advento da Constituição Cidadã de 1988. Contudo, até década de 70 e meados de 80, o aparato legal constitucional era motivo de “piada”, por se tratar de devaneios filosóficos saudosistas de pessoas que sonhavam com o fim do já claudicante regime militar e vislumbravam as primeiras luzes da democracia. A Constituição, na parte em que garantia os direitos fundamentais, deixou de representar os “fatores reais de poder”, na clássica definição de Lassale, passando a mero farrapo de papel inócuo: os fatos riam da norma.⁵⁴

Diante dessa conjuntura, vários juristas progressistas visualizaram o processo como forma de libertação. Neste aspecto surgem leis de ação popular, ação civil pública e Juizados Especiais de Pequenas Causas.

Devido processo "legal", contraditório, ampla defesa, motivação e publicidade das decisões etc, tornam-se doravante termos representativos de uma nova era do direito processual: a Era Principialista.

A Lei Maior dedicou em seu texto inúmeros dispositivos de direito processual, ecoando os clamores mais avançados das ondas renovatórias⁵⁵ que inspiraram profundamente os legisladores constituintes. (criar nota explicativa de ondas renovatórias).

Lei Fundamental apenas seguiu uma tendência universal (“a *worldwide movement to make rights effective*”), qual seja, a de constitucionalizar (ou publicizar) as garantias processuais, com vistas a possibilitar a efetividade do processo, “caracterizada como exacerbação da sua capacidade de oferecer à população canais eficientes para o acesso à justiça⁵⁶”

A Constituição Federal de 1988 possui admirável capacidade de reconhecimento dos direitos fundamentais com fulcro, ligação na dignidade da pessoa humana e sobremaneira no próprio Estado Democrático de Direito, o qual além de respeitar tais direitos, garante-os de pleno gozo.

No Brasil, a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, vem insculpido no art. 1º, III, da Magna Carta, compreendendo a idéia de oponibilidade dos direitos dela derivados, em face do próprio Estado. Pois, ora, é deveras

⁵⁴ LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

⁵⁵ Cappeleti e Garth organizaram estudos sobre como os países buscavam efetivar a justiça. Dividiram em três grandes ondas renovatórias. A primeira está calcada na assistência jurídica gratuita aos que não podiam pagar. A segunda onda reformula e propõe uma tutela adequada aos direitos coletivos ou metaindividuais. E por fim, a terceira aduz uma modernização nos instrumentos processuais para dar mais celeridade ao processo, refutando formalismos exacerbados.

⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 15.

inútil a existência de um direito material, se este não puder por via processual, ser exercitado, defendido quando violado ou simplesmente declarado.

Essa "publicização do direito processual", como informa Dinamarco, é "forte tendência metodológica da atualidade, entender e tratar o processo como instrumento a serviço dos valores que são objeto das atenções da ordem jurídico-substancial"⁵⁷ No Brasil, o Poder Judiciário está cercado de garantias. Respeita-se muito o devido processo legal. É vultosa a liberdade de informação e expressão. Existe uma crescente estabilização financeira, com o "sono leve" do monstro da inflação. Há uma maior inclusão das minorias raciais, étnicas, sociais. A mulher definitivamente conquistou seu espaço, chegando ao auge com a eleição de uma presidenta. A renda está sendo melhor distribuída, com muitos cidadãos saindo da linha da miséria e pobreza. A tecnologia invadiu as fronteiras do país. E a educação superior e fundamental já se estende aos mais remotos locais de nosso país e tem alargado a compreensão do processo político e dos Direitos e Garantias Fundamentais por parte da cidadania.

O Direito Constitucional, internamente, é o que mais se tem aperfeiçoado, paralelamente ao nascimento, desenvolvimento e consolidação do Direito Constitucional Processual e dos Princípios Constitucionais do Processo, concretizados, paulatinamente, pela atuação do Poder Judiciário, redimensionado no Brasil a partir da Constituição de 1988, face à criação do Superior Tribunal de Justiça e dos Juizados Especiais cíveis e criminais, que funcionam como órgãos de ampliação da prestação jurisdicional e de acesso à Justiça.

No âmago processual foram consagrados inúmeros direitos e garantias, confirmando a tendência à constitucionalização do processo, dando a este (seja processo civil, penal, procedimentos administrativos e mesmo privados) uma nova conformação adequada ao Estado Democrático de Direito⁵⁸. Só para citar alguns: inafastabilidade do controle jurisdicional (5º, XXXV); Juízo natural (5º, XXXVII); princípio da legalidade e anterioridade da norma penal (5º, XXXIX); devido processo legal (5º, LIV); direito ao contraditório e à ampla defesa (5º, LV); fundamentação racional das decisões e publicidade (art. 93, IX); duração razoável do processo (5º, LXXVIII) princípio da presunção de inocência (5º, LVII); além das garantias do habeas corpus (5º, LXVIII), mandando de segurança (5º, LXIX), mandado de injunção (5º, LXXI), habeas data (5º, LXXII) e a ação popular (5º, LXXIII).

O processo político-eleitoral se impõe de forma organizada com a quase completa

⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 57.

⁵⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e Constituição: o devido processo legal. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Nova Fase, Belo Horizonte, a. XXX, n. 23-25, p. 59-103, 1980-82.

derrocada do “voto de cabresto”, o fechamento do cerco à corrupções eleitorais, devido a maior fiscalização e mais severas punições, a “Lei do Ficha Limpa”, a quebra do monopólio de algumas oligarquias, com a consequente substituição da elite tradicional.

Acompanhando esse desenvolvimento da sociedade brasileira, o direito e mais precisamente o processo, a passos curtos e por meio de homéricas batalhas, vem se tornando mais “humano” e “social”, diante da concretização dos direitos fundamentais, sobretudo por estarmos vivendo a terceira dimensão desses direitos, fundada no princípio solidariedade entre os povos, e que tem no gênero humano o seu destinatário principal.

2.3.3 O STF e a Democratização do Processo Constitucional

O aumento da importância do Processo para o Direito Constitucional está intrinsecamente relacionado com a postura do Estado que diante das necessidades sociais tem de migrar de um Estado Liberal, onde haveria uma mão invisível que controlaria tudo, com a não intervenção estatal para um Estado Social que clama por posturas afirmativas urgentes. Nesse sentido, o Judiciário mostra-se um fomentador de políticas públicas, quando a Administração Pública permanece inerte e o Legislativo não mostra respostas rápidas, eficientes (inputs) para atender as talantes dos que precisam. Logo, o Judiciário ecoa e busca materializar todas as necessidades e promessas realizadas constitucionalmente.

Assim, pugna-se por um Judiciário concretista de direitos (ativista), atuante na construção de direitos fundamentais a partir de uma interpretação extensiva de direitos que possibilite aos cidadãos o pleno exercício do que lhe é conferido legalmente. Nesse momento, não é mais suficiente pautar os dizeres em enunciados normativos ou buscar o sentido legal, mas sim, tomar aquela previsão abstrata, projetar (através da hermenêutica), construir e entregar as “chaves” do direito aos seus respectivos beneficiários.

Com base nessa posição ativista, o STF vem adotando a posições positivas, em virtude das falhas dos outros poderes. Isso não implica na quebra da separação dos Poderes, mas em uma forma de especialização entre Poderes, possibilitando a supressão de lacunas, com fim de potencializar o atendimento dos destinatários sofrendores das omissões públicas.

Um dos melhores exemplos desse tipo de atuação do Judiciário é a chamada “judicialização da saúde”: diante da falta de remédios e/ou tratamentos no sistema público de saúde, avolumam-se no Judiciário ações pretendendo forçar o Estado à prestação desse direito

social fundamental⁵⁹, que, como tal, tem aplicação imediata (art. 5º, §1º CF/88), o que, não necessariamente, significa o direito a prestações públicas positivas e imediatas do Estado⁶⁰. Tal problematização perpassa por vários argumentos como o estado construtor de políticas públicas, a reserva do possível com a não disponibilidade de orçamento suficiente, a ineficiência das políticas públicas, a “*intromissão*” no mérito da Administração Pública

Frente a isso o STF teve recentemente oportunidade de tratar da matéria em decisão monocrática às STA 178 e 244: munido de dados trazidos por Audiência Pública realizada perante o Tribunal em março de 2009, o Ministro Gilmar Mendes procurou estabelecer parâmetros para a questão: “O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte”. Segundo o Ministro, verifica-se que, na maior parte dos casos submetidos ao Judiciário, o SUS já possui políticas públicas referentes ao que é pleiteado, logo, a questão estaria na omissão ou má prestação de protocolos já estabelecidos (e não de interferência judicial quanto à discricionariedade da Administração Pública) frente a um direito líquido e certo do administrado⁶¹.

Outra é a situação quando “a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS”, pois que aí o Judiciário deve avaliar se tal fato “decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua dispensação” (o que pode acontecer, e.g., quando certo remédio pleiteado não é reconhecido pela ANVISA, quando, salvo casos excepcionais, não pode o Estado ser compelido à prestação). Assim, o “segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS⁶²”.

A decisão ultrapassa os limites impostos em manifestação anterior do STF na ADPF 45⁶³ na qual o Ministro Celso de Mello colocou como parâmetros para a intervenção judicial a análise da “*reserva do possível*”, do “*mínimo existencial*” e do “*princípio da proporcionalidade*”. O precedente do Ministro Gilmar começa a perceber a necessidade de se “*processualizar*” a saúde, uma vez que exige a discussão das nuances do caso numa estrutura processual-constitucional⁶⁴.

Por conseguinte, à baila das manifestações do Pretório Excelso, faz-se mister uma

⁵⁹ arts. 6º e 196 da CF/88.

⁶⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

⁶¹ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo Franco. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Volume IV. Disponível em <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iv/processo-constitucional-uma-abordagem-a-partir-dos-desafios-do-estado-democratico-de-direito/>. Acesso em 17/11/2011

⁶² BRASIL, STF, STA 244. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE. 24/09/09

⁶³ BRASIL, STF, ADPF 45, Min. Rel. Celso de Mello, DJU 04/05/04

⁶⁴ Idem, Ibidem.

análise caso a caso para que não esbarremos em petições contestações, sentenças semelhantes, assim como não se mitigue o direito à saúde de quem precisa com fulcro na intervenção estatal no mérito administrativo, quando em verdade há omissão ou desvirtuamento de políticas públicas na saúde. O caso concreto é que pode fornecer as melhores soluções e se for de fato necessário, que o Judiciário conceda as pretensões das pessoas na falha dos outros poderes.

Neste sentido o processo constitucional não é só aquele consubstanciado no julgamento de uma Corte Constitucional. Seu ponto de partida é a necessidade de exercício de um direito fundamental pelo cidadão.

A defesa de uma processualização como contraponto à judicialização conduziria à redefinição do papel do processo e dos próprios sujeitos processuais para além do dogma do protagonismo (das partes ou do juiz) inaugurando uma perspectiva comparticipativa, policêntrica e interdependente entre os atores sociais que participam da formação das decisões⁶⁵.

A abertura para o posicionamento da sociedade em audiências públicas denota mais uma forte democratização do processo. Ora, o processo não só é tecnicidade ou emaranhado de leis, argumentos jurídicos e sim situações da realidade que acontecem nas ruas, casas, famílias, vidas que são tuteladas, tendo sobremaneira influência na vida das pessoas, por isso a grande importância dos debates para que os anseios dos cidadãos sejam escutados e dentro de um pálio de legalidade, concedido.

Exemplificando isto, o Supremo Tribunal Federal vem demonstrando em algumas decisões conjugar ambas as facetas – a democrática e a técnica, em alguns nos casos complexos postos sob sua análise nos últimos tempos. No caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, a larga presença de *amicis curiae* tanto em favor Presidente da República e do Congresso Nacional, como em favor do Ministério Público Federal (autor da Adin), implicou na presença de partes que elevaram a discussão a um patamar ético-filosófico-científico e democratizaram o processo que tratava de tema controverso, qual seja a utilização de células-tronco em pesquisas biológicas⁶⁶.

⁶⁵ Em relação à defesa da processualização, cf. NUNES, 2008, CATTONI DE OLIVEIRA, 2008, STRECK, 2009 e BAHIA, 2009.

⁶⁶ LIMA, Newton de Oliveira. A jurisdição constitucional procedimentalista como meio de construção de direitos fundamentais. **Revista Jus Vigilantibus**, Segunda-feira, 15 de dezembro de 2008. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/37511/3.Acesso> em 17/11/2011.

O fato de abrir as portas à diversas posições mostra a predisposição do Tribunal Maior à voz do povo e ao reconhecimento de que a dita decisão ultrapassaria a técnica jurídica. No caso em voga, viu-se a busca por aspectos filosóficos, religiosos, morais, éticos, científicos como fundamentais para a decisão. Não obstante, o quanto aquela ADIN repercutiria na vida dos envolvidos.

Diante da análise realizada acima da ADIN n. 3510 e da ADPF n. 54, é possível observar a eficiência do STF ao tutelar direitos fundamentais em sede de processo constitucional, buscando evitar que as importantes decisões fiquem adstritas ao alvedrio dos ministros. Pugna-se por um processo democrático em que as partes, a sociedade sejam escutadas e protagonizem a efetivação de seus direitos. A democratização dos processos favorece a elucidação de demandas complexas e concede aos interessados a possibilidade de influenciar na construção de seus destinos, através das decisões judiciais.

3 EFICÁCIA MANDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR OMISSÃO

A eficácia mandamental emerge da obrigatoriedade dos atos que o juiz ou outra autoridade ordene, determine ou imponha uma abstenção. A função mandamental do juízo ou é exercida na própria sentença, ou é deixada a atividade ulterior, dele ou de outrem. Quanto à saída do mandato, isso depende do valor declarativo do julgado, ou em regra jurídica especial, que o pode fazer retirável no todo ou em parte.

Dividi-se a eficácia mandamental em: imediata e mediata. A primeira aparece em ações de alta relevância no mundo jurídico, sendo peculiares a quase todas as ações constitutivas e declaratórias; já a segunda, a mandamentalidade é mediata, no futuro, pois há um elemento que obsta a eficácia preponderante de sua mandamentabilidade.

O mandado de injunção possui natureza eminentemente mandamental por ser verdadeiramente um dispositivo que assegura ao cidadão, não só a garantia, mas o exercício pleno do direito omitido por falta de norma regulamentadora, consoante entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal.

O Mandado de Injunção encontra-se previsto no artigo 5º, LXXI, da Constituição da República Federativa do Brasil, no capítulo destinado aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. O vocábulo injunção vem do latim *injunctio*, que significa imposição, ordem formal, determinação. Tem, assim, o sentido de impor, indicando obrigação cujo cumprimento é compulsório, impossibilitando assim seu descumprimento.

O mandado de injunção vem sanar a síndrome da inefetividade das normas constitucionais⁶⁷, visto que, quando a Constituição é promulgada, não tem o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional. Neste cerne, o “*writ*” constitucional foi concebido como instrumento de controle subjetivo. Por conseguinte, o mandado de injunção é uma ação constitucional de garantia individual.

Nesta senda, tenta-se vislumbrar tal emolumento como um “remédio” para inações do Poder Público que, por meio dos seus representantes, não agem conforme o preceituado em lei, abstendo-se dos *inputs*, ou seja, atitudes positivas do Estado como forma de conceder direitos de cunho social, tentando amainar discrepâncias sociais e buscando proporcionar cidadania plena aos destinatários.

A importância do liame traçado entre o mandado de injunção e a improbidade

⁶⁷ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

administrativa por omissão tem extrema relevância para o contexto atual observado em todas as esferas da Administração Pública. As quais, através dos seus representantes eleitos pela população, reiteradamente praticam condutas vedadas, desonrosas, imorais e ilegais, dando destinação diversa às receitas do Estado, abstendo-se de realizar os mandamentos legais, lesando o Erário e ferindo “descaradamente” os princípios explícitos e implícitos que regem a Administração.

Com fulcro na Lei nº 8.249/92, a Improbidade Administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano) revelando-se pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo desvio, apropriação, dilapidação, mau tratamento dos bens ou haveres (Atos de Improbidade que causam prejuízo ao Erário) e os que violam os princípios explícitos e implícitos da Administração Pública.

A partir disso, vê-se que a principal finalidade do mandado de injunção é a efetividade do direito. Não apenas uma garantia de direito, mas algo substanciado. Pois, o impetrante age na busca direta do direito constitucional em seu favor, independentemente de regulamentação. É necessário que todos aqueles que se tornam participantes, essenciais neste processo, entendam a verdadeira finalidade do instituto ao impetrante: ter o seu direito exercível e concretizado, sendo necessário acabar com a morosidade e a síndrome da inefetividade.

A Suprema Corte, atualmente, preocupa-se com a eficácia dos dispositivos constitucionais, com fundamento de não permitir que as normas constitucionais se degradem a ponto de deixar sua eficácia subalterna à pura vontade do legislador ordinário, buscando sanar efetivamente a síndrome de inefetividade das normas constitucionais, com finalidade de alcançarem-se os direitos e garantias fundamentais expressa ou implicitamente previstos na Constituição da República. O STF caminha no sentido de dar concretude, atendendo o pleito concernente aos direitos constitucionalmente previstos e carentes de regulamentação, não obstante de informar ao legislador que ele está em mora.

A atual doutrina também concorda com a posição do Egrégio Tribunal e também opta pela teoria concretista geral, a qual tem como delineamento a regra de que sempre que presente os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o Poder Judiciário deveria reconhecer a existência da omissão legislativa ou administrativa e possibilitar efetivamente a concretização do exercício do direito, até que fosse editada a regulamentação pelo órgão competente.

3.1 Classificações das Normas Constitucionais, segundo José Afonso da Silva

José Afonso classifica as normas constitucionais em: de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada.⁶⁸

As primeiras, como de pronto se observa, são normas que possuem seu máximo poder, integral aplicabilidade, inserindo-se direta, total e imediatamente sobre situações jurídicas. Em tal tipo há uma normatividade plena, estabelecendo-se um comando certo e definido, produzindo ou tendo a possibilidade de produzir, desde a vigência da Constituição, as expectativas e efeitos relacionados aos interesses, ditames e conjunturas neles expressos. Portanto, é possível ver os elementos e requisitos para sua incidência direta e auto-aplicabilidade, gozando de efeitos jurídicos plenos.

São exemplos, o art. 2º (“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”), o art. 16 (“A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.”), o art. 22 (Competência privativa da União), o art. 42 (“Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”) e o art. 150, inc. VI, alínea “a” [“Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI - instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros”], do texto constitucional.

As normas constitucionais de eficácia contida, também chamada de relativa restringível, são aquelas que podem gozar da plenitude de seus efeitos, mas podendo ter seu alcance restringido, por meio de legislação infraconstitucional. Assim, como em outras situações, pela incidência de normas da própria constituição, desde que ocorram com pressupostos de fato, como, por exemplo, a decretação do estado de sítio, limitando diversos direitos. Além destes, a restrição (ou contenção) poderá se implementar, em outras situações, por motivo de ordem pública, bons costumes e paz social, conceitos vagos cuja redução (ou contenção) se efetiva pela Administração Pública. Desta feita, são normas de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, porque estão sujeitas às restrições previstas.

Importante observar que, enquanto não se materializar o fato que a restringe ou a contenha, a norma terá aplicabilidade plena. Exemplificam tais normas: art. 5º, inc. XXII, da

⁶⁸SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

Constituição, que garante o direito à propriedade, mas os incisos XXIV e XXV trazem limitações ao preceito citado, permitindo sua desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social. Podendo a autoridade competente se investir em seu uso no caso de perigo público iminente. Também, é possível citar o art. 5º, inc. XIII, (“é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”), e a primeira parte do art. 37, inc. I [“os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, (...)”].

As de eficácia limitada são normas as quais o legislador constituinte não conferiu normatividade bastante para produzirem seus efeitos essenciais de forma completa com a simples entrada em vigor, deixando esta tarefa para o legislador ordinário ou a outro órgão do Estado. Por isso, apresentam aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade. Os efeitos jurídicos só se desenvolverão em sua plenitude com a criação de sua norma complementar.

De plano não são completamente ineficazes, porém possuem uma incidência reduzida, limitada, não estão dotadas de normatividade suficiente para atingir os valores-fins da norma, só produzem os efeitos não-essenciais. Seus efeitos ficarão adstritos ao controle de constitucionalidade, ou seja, terão o poder de vetar toda e qualquer norma jurídica que não condisser com os seus preceitos, barrando os atos normativos que não convierem a seu sentido. Seja não os recepcionando, quando anteriores a sua vigência, ou impingindo-lhes inconstitucionalidade, quando posteriores. São agrupadas em normas de princípio institutivo e de princípio programático.

As normas de eficácia limitada de princípio institutivo possuem diretrizes gerais da estruturação de alguma instituição, entidade ou órgão. A partir de esquemas gerais estruturantes, atribuindo aos órgãos entidades ou institutos para que o legislador os estruture definitivamente, por meio de lei. São exemplos o § 2º do art. 18 (“os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar”), e o art. 33 (“a lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios”), o art. 91, § 2º (“a lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional”).

As normas de eficácia limitada programáticas estatuem intentos, finalidades, objetivos de atuação do Estado e estabelecem programas de ação futura, pelas quais hão de ordenar os Poderes Públicos. São rumos a serem concretizados pela nação. Por conseguinte, o

constituinte limitou-se a traçar os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas, finalidades do Estado. São exemplos o art. 196 (“a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”), e o art. 218 (“o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”).

Dessa forma, vale rememorar a lição de Rui Barbosa,

Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deve atribuir meramente o valor material de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. Muitas, porém, não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem.⁶⁹

Ressalva-se a posição da Professora Maria Helena Diniz, qual elaborou uma classificação distinta do Professor José Afonso, separando-as em quatro espécies.

A autora aduz que normas **supereficazes** são as sustentadas pelas chamadas cláusulas pétreas, que possuem eficácia absoluta e não admitem disposição em contrário.

Já as **de eficácia plena** são aquelas que não requerem complementação por legislação infraconstitucional, não indicando órgãos ou preceitos especiais para sua execução. Seus preceitos, normalmente, possuem proibições, prerrogativas e isenções.

As **de eficácia restringível** possuem todos os elementos necessários para a integral produção de seus efeitos, mas admitem, por legislação infraconstitucional, a restrição de aludidos efeitos.

Por fim, as **de eficácia relativa complementável**, aquelas em que, como o próprio nome salienta, necessita de complementação infraconstitucional, dado não possuírem, em si, força para integral produção de seus efeitos⁷⁰.

3.1.1 Síndrome da Inefetividade das Normas Constitucionais

⁶⁹ BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, s/a p. 489.

⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1997.

A Síndrome da Inefetividade das Normas Constitucionais é própria da existência de normas constitucionais de eficácia limitada, quando o Poder Público ou órgãos administrativos devem regulamentá-las, mas não o fazem, consubstanciando omissão legal ou administrativa que deve ser combatida através de duas ações constitucionalmente previstas, quais sejam, a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIn por omissão) ou o Mandado de Injunção⁷¹.

A ADIn por omissão encontra-se entre as permissivas constitucionais de controle concentrado. É em si uma garantia constitucional, cabendo ao STF julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (privativa do STF: art. 102, I, “a”, CF/88), tendo como legitimados ativos os sujeitos enumerados no art. 103 da Magna Carta⁷², sendo seu objeto cientificar o Poder Legislativo do seu estado de inércia; ou estabelecer prazo de 30 dias para a Administração Pública emitir o ato normativo integrador, sob pena de responsabilidade. Logo, seu resultado desejado é o amparo à efetividade constitucional.

Por outro lado, o mandado de injunção tem como pressupostos a existência de direito subjetivo previsto constitucionalmente, ou vinculado a prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, mesmo que essas prerrogativas não emanem diretamente da Constituição, mas inviabilizado de ser efetivado por omissão normativa integradora. São competentes para julgamento os Tribunais Superiores (artigos 102, I, “q” e II, “a”; 105, I, “h”; e 121, parágrafo 4.º, V) e os Tribunais da Justiça Estadual (artigos 125, parágrafo 1º). A legitimidade ativa é de qualquer sujeito de direito que tenha seu direito previsto constitucionalmente obstado por omissão normativa: indivíduos, grupos, partidos políticos, organismos sindicais, entidades de classe, Ministério Público. E o objeto é resolver concretamente a situação de insegurança criada pela omissão. Portanto, o resultado almejado consiste no amparo ao exercício do direito subjetivo.

Aduz Aricê Moacyr Amaral Santos que tanto o mandado de injunção quanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão "cuidam de um assunto comum: inércia de norma constitucional, decorrente de omissão normativa", concluindo mais adiante que "a questão da

⁷¹ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁷² Os legitimados para a propositura da ADIn por omissão são os mesmos da ADIn genérica: “I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Inciso com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Inciso com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

inércia constitucional não constitui fenômeno caboclo, pois atinge fronteiras as mais distantes”⁷³.

Ao analisar a tese de Lenio Luiz Streck, quando discorria sobre as teses substancialista e procedimentalista, da seguinte forma:

De qualquer sorte, no plano do agir cotidiano dos juristas no Brasil, nenhuma das duas teses (eixos temáticos) é perceptível. Ou seja, se estamos longe da postura substancialista – e a prática nos tem demonstrado tal assertiva, em face da inefetividade da expressiva maioria dos direitos sociais previstos na Constituição e da postura assumida pelo Poder Judiciário na apreciação de institutos como o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (desregulamentada pela Lei n. 9.882), além da falta de uma filtragem hermenêutico- constitucional das normas anteriores à Constituição –, por outro lado também não se pode afirmar que convivemos com uma prática procedimentalista do tipo proposto por Habermas. Ora, a submissão do Congresso Nacional à reiterada utilização indiscriminada de medidas provisórias por parte do Poder Executivo (o número já passa de 3.500) deixam claro o quanto estamos distantes de promover o que Habermas denomina de ‘combinação universal e a mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada e não institucionalizada’, enfim, o quanto estamos longe da criação democrática de direitos e da garantia da preservação dos procedimentos legislativos aptos a estabelecer a autonomia dos cidadãos.⁷⁴

3.1.2 Origens do Mandado de Injunção

A grande problemática de se conseguir efetivar as normas constitucionais, ganha ainda mais relevo com provisões democráticas do país e iminência da promulgação de uma Carta Constitucional assaz democrática. Nesta senda, foi criado, de forma vanguardista, o mandado de injunção como forma de concretizar direitos, principalmente fundamentais, combatendo as omissões inconstitucionais.

A priori, analisar-se-á toda sua trajetória constituinte e a real talante de se colocar tal direito no Texto Maior. Em seguida, no tópico subsequente, serão observadas as possíveis influências que tal instituto pode ter auferido com o direito alienígena.

Antes mesmo do início do processo constituinte, já havia a preocupação da

⁷³ SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. **Mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 31.

⁷⁴ STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 60.

comunidade jurídica com a perpetuação da omissão inconstitucional, buscando-se a criação de mecanismos eficazes que vedassem essa inércia dos órgãos competentes em regular as normas constitucionais, notadamente as relacionadas com direitos sociais e coletivos⁷⁵. Tal instrumento proveio *a priori* por meio da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo ex-presidente José Sarney, antes mesmo das discussões acontecerem no seio da Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988. Este instrumento começa a ter vida, devido ao anseio da sociedade brasileira que almejava, em um contexto de recente privação de direitos, encontrar um eficiente remédio para as omissões futuras do legislador ordinário.

O processo de elaboração da Constituição de 1988 se deu em quatro fases: primeiro a das subcomissões, depois a das comissões temáticas, posteriormente a da comissão de sistematização e por último a fase do plenário⁷⁶. A Comissão "Afonso Arinos", assim como era conhecida, propôs uma medida judicial concreta para solucionar as omissões constitucionais: "Na falta ou omissão de lei prevista para discipliná-la (referência à Constituição), o Juiz decidirá o caso, de modo a atingir os fins da norma constitucional", haja vista que o desiderato do legislador constituinte era o de, se não resolver, amenizar a "Crise da Aplicabilidade" existente nas Constituições pretéritas.

Da parceria do Senador Virgílio Távora com o Deputado Carlos Virgílio emergiu a Sugestão Constituinte nº 155-4, a proposta originária do mandado de injunção, com a seguinte redação: "Sempre que se caracterizar a inconstitucionalidade por omissão, conceder-se-á 'mandado de injunção', observado o rito processual estabelecido para o mandado de segurança". Como se pode perceber, essa proposta misturava os conceitos de mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão, o que posteriormente foi diferenciado, assim com a vinculação do mandado de injunção ao acesso ao ensino básico⁷⁷.

Depois de sanados os defeitos, realizou-se o desejo de buscar a concretização do "princípio da interpretação efetiva", despontando o mandado de injunção como remédio constitucional no direito pátrio, conforme prevê a Carta Magna de 1988 em seu art. 5º, LXXI: "Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

⁷⁵PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999.

⁷⁶Ibidem, p.70.

⁷⁷HAGE, Jorge. A realização da constituição, a eficácia das normas constitucionais e o mandado de injunção. In: **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Ano 5, nº 9, p. 111-142, 1997.

3.1.3 Possíveis Influências do Mandado de Injunção sob a Ótica do Direito Alienígena

Aprioristicamente, adiante-se que há enorme celeuma doutrinária sobre influências ou não do direito estrangeiro no instituto do mandado de injunção. Parte da doutrina advoga em ser instrumento propriamente nacional, originário no projeto da Carta Maior de 1988, contudo a outra banda acredita haver possíveis influências, principalmente de países europeus (como o alemão, português, francês ou italiano) ou do *writ of injunction* do direito anglo-americano.

No direito inglês, o instrumento teria surgido no século XIV, como remédio do sistema jurídico das cortes de “*equity*”, emitindo juízos de equidade, quando o litígio não estivesse fundado em uma norma legal (“*statutes*”), ou a “*common law*” não oferecia proteção suficiente. Era propriamente um instrumento jurídico de tutela específica, determinando obrigações de fazer e não fazer, não comportando reparações de cunho econômico. Contudo, o elemento inglês não é um efetivador de normas carentes de regulamentação, mas sim um remédio usado nos casos de ausência de lei escrita ou de precedentes da “*common law*” que não conferissem a proteção necessária.

Do Direito Norte-Americano, a “*injunction*” estadunidense é emitida por um órgão judiciário determinando ordens coercitivas negativas, isto é, tem por finalidade proibir entidades públicas ou pessoas privadas de praticar ato lesivo de direito líquido e certo do particular ou da administração pública. A princípio, sua função essencial seria, portanto, de ordem preventiva.

O administrativista Hely Lopes Meirelles ao observar que o *writ of injunction* presta-se a solucionar questões de direito público e privado, assim se posiciona: “O nosso mandado de injunção não é o mesmo *writ* dos ingleses e norte-americanos, assemelhando-se apenas na denominação”⁷⁸.

Walber de Moura Agra⁷⁹ aduz que nossos parlamentares foram buscar inspiração no direito português, mais especificamente na Ação de Inconstitucionalidade por Omissão prevista incipientemente na Constituição Portuguesa de 1976. O texto constitucional português entende que ocorreria a omissão legislativa, que seria declarada pelo Tribunal Constitucional, quando se vislumbrasse a ausência de medidas legislativas necessárias à efetividade das normas constitucionais.

⁷⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 101.

⁷⁹ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

No direito processual alemão, a chamada *Verfassungsbeschwerde*, definido pela Corte Constitucional germânica como: “Se o tribunal não observa os parâmetros fixados na Lei Fundamental, então ele acaba por ferir a norma fundamental que deixou de observar; nesse caso, o julgado deve ser cassado no processo de recurso constitucional”. Sua serventia é dada quando os cidadãos têm seus direitos fundamentais lesados por atos comissivos ou omissivos do Poder Público. Como no *writ* nacional, não tem de modo expresso o poder de impor condutas ao Executivo e Legislativo. Porém, no direito alemão, tal ação só poderá ser interposta mediante o esgotamento das instâncias ordinárias e a presença de perigo de dano irreparável ao cidadão, requisitos dispensados para a injunção brasileira. Além disso, a salvaguarda os direitos fundamentais violados, na ação pátria é referente a qualquer direito de nacionalidade, soberania e cidadania mitigado pela ausência de norma regulamentadora.

Há doutrinadores que defendem que nosso mandado veio do direito francês ou italiano. Entretanto, tanto a figura da *injonction* do direito francês, quanto o instrumento da *ingiunzione* do direito italiano não encontram similaridade com o instituto concebido pelo constituinte pátrio, a não ser no *nomen juris*.

Há de se concluir pelo exposto que em alguns aspectos observa-se certa proximidade com nosso instituto, mas em outros há uma flagrante discrepância. Somando os remédios estrangeiros, ainda não chegaríamos ao mandado de injunção brasileiro que, se efetivamente aplicado, conduz-nos a uma materialização do direito posto e não auferido pela ausência de norma regulamentadora. Possibilitando, de tal feita, que os cidadãos não fiquem subjugados à normas ou à ausência dela.

3.2 O Mandado de Injunção Constitucional

A Constituição Federal se refere ao mandado de injunção por exatas cinco vezes. *A priori*, busca uma definição geral do instituto, trazendo-o no bojo dos direitos fundamentais. Mais especificamente, como remédio constitucional, como é assinalado no art. 5º, LXXI: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

As segundas e terceiras menções do mandado de injunção concentram-se respectivamente nos artigos 102, I, q e 102, II, a. Tais dispositivos estão no elenco das competências do Supremo Tribunal Federal, deste modo redigidos:

Art. 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente: ... q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal. II - julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

A quarta citação é advinda das competências do Superior Tribunal de Justiça:

Art. 105 - Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: [...] h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

Esta disposição foi extremamente mal elaborada, pois, em primeiro lugar, e de maneira diferente dos mandados de injunção de competência do STF, aqui o uso do instituto não está vinculado às omissões legislativas, por razão em que sua utilização se dará nos casos em que “a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta”. De tal feita, vislumbramos casos de omissão administrativa e não legislativa. Para que seja competente o STJ, a omissão, embora normativa, não deve derivar do Parlamento, mas do Executivo. Em segundo plano, com base na análise da mencionada disposição constitucional, podemos chegar a conclusão de que a justiça militar, eleitoral, do trabalho e federal, também possuem competência para conhecer o mandado de injunção. Entretanto, no caso concreto é visto que só a justiça eleitoral (TSE, TRE), tem competência para decidir o mandado de injunção, mesmo que a Carta Magna tenha estabelecido em que casos⁸⁰. Neste sentido e com essas deficiências se produziu a quinta referência constitucional do instituto:

⁸⁰ ROSA, André Vicente Pires. **Las omisiones legislativas y su control constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 45.

Art. 121 - Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais. [...] §4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando: [...] V – denegarem *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção.

Com base em uma leitura literal da Constituição, são quatro os tribunais que podem reconhecer o mandado de injunção: Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral e os Tribunais Regionais Eleitorais. Só o Pretório Excelso pode atuar frente às omissões legislativas e o Superior Tribunal de Justiça atacará as omissões administrativas.

E a justificativa de todas as cinco aparições desse *writ* constitucional é a incredulidade do Legislador Constituinte, o qual desconfiou da capacidade do Legislador em elaborar normas para possibilitar o exercício dos direitos constitucionais. Nesta senda, quis-se utilizar do conhecimento dos ministros do Supremo para a realização do projeto constitucional. Não obstante, observa-se que até o traço liberal influenciou e influencia a existência do mandado de injunção, com a adoção de posturas mais ativista dos juízes, as quais, em absoluto, não maculam a tripartição dos poderes tão valorada em nosso ordenamento.

3.2.1 O Procedimento do Mandado de Injunção

Na norma constitucional não há indicação expressa sobre o rito que deverá ser seguido no ajuizamento do mandado de injunção, por isso a razão de ser do parágrafo procedimental específico para o mandado de injunção⁸¹, deverá ser observado o rito do mandado de segurança, *verbis*:

Art. 24 - Na ação rescisória, nos conflitos de competência, de jurisdição e de atribuições, na revisão criminal e no mandado de segurança, será aplicada a legislação processual em vigor.

Parágrafo único - No mandado de injunção e no *habeas data*, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica.

⁸¹ Importa frisar que, não obstante o comando da Lei n. 8.038/90, o Supremo Tribunal Federal entendeu, com base no art 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988, a auto-aplicabilidade do mandado de injunção, ainda que não houvesse norma procedimental específica. No sentido: STF – MI nº 107, Rel. Ministro Moreira Alves, *DJU*, de 21.9.1990.

O processo, em sua fase de desenvolvimento, deixou de *ser* "visto como instrumento meramente técnico, para transformar-se em instrumento ético e político de atuação da justiça e de garantia de liberdade", como verberam Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco.⁸²

O Poder Judiciário deve se conceder a tutela, no caso da injunção, ter muito presente que se trata de ação constitucional apta à efetivação do direito constitucional das pessoas. Assim, o processo não pode ser um empecilho, um caminho árduo, mas flexível para o atendimento do desiderato constitucional e do pedido do impetrante.

Os sujeitos ativos da relação processual, impetrantes, são as pessoas em geral, físicas naturais ou jurídicas, de direito privado ou público. O mandado de injunção é apto à tutela do direito individual, coletivo ou difuso, quando especificamente forem tolhidos ou mitigados direitos inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

Tal como o mandado de segurança, tudo leva a crer que será igualmente admitida a titularidade ativa a órgãos públicos despersonalizados e universalidades patrimoniais, desde que haja capacidade processual para a defesa dos interesses dos impetrantes.

Os sujeitos passivos (a legitimidade passiva advém da circunstância de estar a parte situada como obrigada, ou seja, no pólo passivo da obrigação de direito material que se pretende fazer valer em Juízo, ou como integrante da relação jurídica a ser desconstituída ou declarada, ou ainda como titular do direito a ser declarado inexistente), impetrados, o mandado de injunção serão todas as pessoas, órgãos ou entidades que obstaculizem a fruição, exercício e gozo dos direitos constitucionais previstos no *writ*. Podendo, inclusive, ser empresas privadas, o que é mais raro de ocorrer, já que a falta de regra regulamentadora de qualquer natureza, normalmente, é função do Estado.

O objeto do mandado de injunção será sempre a criação de norma jurídica regulamentadora do direito do impetrante pelo juiz, de molde à obtenção da satisfação do pedido, que necessariamente advirá de norma constitucional ou infra-constitucional, desde que atendidos os pressupostos do artigo 5º, inciso LXXI, da Carta Magna.

As provas devem ser carreadas desde logo na peça vestibular, tendo em regra, o impetrante e o pólo passivo momentos únicos para a juntada das mesmas, uma vez que a outras dilações probantes conspirariam contra celeridade processual. Fixa-se no mandado a identidade com os processos documentais, expressão essa que deve ser lida como ação constitucional que deve ser nutrida de prova documental e/ou documentada.

⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo e DINAMRGO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 46-47.

O magistrado deverá analisar quem é o responsável direto pela omissão e, nos termos do pedido, notificar o impetrado e, em seguida, conforme o caso concreto, os assistentes ou interessados na ação. Apenas o diretamente vinculado à omissão, pode ser condenado a cumprir a decisão.

Cumpra ressaltar, porém que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já se pacificou pela impossibilidade da concessão de medida liminar por ser imprópria ao instituto do mandado de injunção.

3.2.2 O Mandado de Injunção na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Antes dos comentários acerca dos julgados da Corte Suprema, faz-se mister tecer comentários com relação a doutrina pátria e às teorias aplicáveis ao mandado de injunção, no que tange aos efeitos das decisões judiciais, dividindo-se em: corrente não concretista, corrente concretista geral, corrente concretista individual direta e corrente concretista individual intermediária.

De igual modo, estas correntes repartiram os entendimentos na composição do Supremo Tribunal Federal. Tal divergência foi observada pelo então Ministro Néri da Silveira⁸³, quando do seguinte pronunciamento:

Há, como sabemos, no julgamento dos mandados de injunção, três correntes: a majoritária, que se formou a partir do mandado de injunção nº 107, que entende deva o Supremo Tribunal Federal, em reconhecendo a existência da mora do Congresso Nacional, comunicar a existência dessa omissão, para que o Poder Legislativo elabore a lei. Outra corrente, minoritária, reconhecendo também a mora do Congresso Nacional, decide, desde logo, o pedido do requerente do mandado de injunção e provê sobre o exercício do direito constitucionalmente previsto. Por último, registro a minha posição que é isolada: partilho do entendimento de que o Congresso Nacional é que deve elaborar a lei, mas também tenho presente que a Constituição, por via do mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício dos direitos e liberdades, contemplados na Carta Política, mas dependentes de regulamentação. Adoto posição que considero intermediária. Entendo que se deva, também, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que ele, exercitando sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucional assegurado aos cidadãos. Compreendo, entretanto, que se o Congresso não fizer a lei, em certo prazo que se estabelece na

⁸³ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da Constituição. São Paulo:Atlas, 1999, p. 81.

decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento da reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito in concreto. É, por isso mesmo, uma posição que me parece concilia a prerrogativa do Poder Legislativo de fazer a lei, como o órgão competente para a criação da norma, e a possibilidade de o Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como quer a Constituição, o efetivo exercício de direito na Constituição, assegurando, mesmo se não houver elaboração da lei.

Ao longo dos anos, desde a inserção do mandado de injunção no texto constitucional, em 1988, até bem pouco tempo, o *writ* ora estudado não cumpria a finalidade para a qual foi criado, qual seja: possibilitar o exercício dos direitos elencados em normas constitucionais de eficácia limitada, ainda que inexistia regulamentação para a mesma.

O STF não concretizava os direitos pleiteados na injunção e o mandado servia apenas como uma sentença declaratória e para constituir em mora o poder que estava omissos e que descumpria seu papel de legislar. Logo, os impetrantes conseguiam não mais que uma declaração da justiça, mas o direito propriamente dito tinha de ser esperado pela iniciativa do legislador.

Este posicionamento era visto pelo eminente ministro Eros Grau:

MI 689 - Min. EROS GRAU

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA INSCRITA NO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89, QUE REGE O DIREITO DE GREVE NA INICIATIVA PRIVADA, ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. MANDADO DE INJUNÇÃO UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DO MANDADO DE SEGURANÇA. NÃO-CONHECIMENTO. 1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. 2. Este Tribunal entende que a utilização do mandado de injunção como sucedâneo do mandado de segurança é inviável. Precedentes. 3. O mandado de injunção é ação constitutiva; não é ação condenatória, não se presta a condenar o Congresso ao cumprimento de obrigação de fazer. Não cabe a cominação de pena pecuniária pela continuidade da omissão legislativa 4. Mandado de injunção não conhecido.

Compartilhada pela mesma visão do Ministro Sepúlveda Pertence:

MI 168 - Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

Mandado de injunção. Natureza. O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra. Créditos judiciais contra a fazenda pública: pagamento parcelado (ADCT, art. 33): faculdade do Poder Executivo. O art. 33 do ADCT de 1988 não outorgou direito ao credor da fazenda pública ao pagamento parcelado nele previsto, ao contrário, como faculdade do Poder Executivo competente, extinta com o transcurso do prazo decadencial de 180 dias sem decisão a respeito; a omissão dela, por conseguinte, não dá margem a mandado de injunção.

Com a visão presa a uma cerrada separação dos poderes e a um formalismo dispensável, várias pessoas ficaram sem gozo de seus direitos pela apatia do Judiciário em apenas declarar a mora legislativa e pela inércia do Legislador. Fato extremamente inaceitável, pois pelo Mandado de Injunção, o Poder Judiciário deveria decidir com criatividade, de modo a concretizar o direito subjetivo de matiz constitucional, uma solução construída à luz de uma interpretação baseada na unicidade do sistema jurídico.

Neste sentir, Flávia Piovesan:

No mandado de injunção, repita-se, incumbe ao Poder Judiciário atender ao comando constitucional e implementar o direito no caso concreto, através do preenchimento de lacuna, que decorre da falta de norma regulamentadora.

Em face da ausência de norma regulamentadora que torne viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, ao julgar o mandado de injunção, o magistrado há de desvendar normas implícitas do sistema jurídico e recorrer às demais fontes do ordenamento, como a analogia, os princípios gerais do Direito, os costumes, e a equidade, no sentido de, colmatando a lacuna, concretizar o exercício do direito constitucional.⁸⁴

Entretanto, felizmente, tal posicionamento parece estar se invertendo, pois atualmente

⁸⁴PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 148.

o STF caminha no sentido de dar concretude, conforme o advogado pela autora supracitada, atendendo o pleito concernente aos direitos constitucionalmente previstos e carentes de regulamentação, além de proporcionar a ressurreição do mandado de injunção que estava esvaziado pela assoberbada quantidade de ADIn.

Neste sentido, em 25 de outubro de 2007, o Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção cuja disposição se relacionava ao existente entre necessidades mínimas de legislação para o exercício de greve dos servidores público, de um lado, com o direito dos serviços públicos adequados e prestados de forma contínua. Desse modo, para que tais categorias não tivessem seu direito de greve cessado por falta de norma regulamentadora, reconheceu-se a necessidade de uma solução obrigatória de perspectiva constitucional e propôs-se a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, na Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada.

Assim, o Tribunal, afastando-se de decisão inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada a declaração da existência da mora legislativa para a edição de uma norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário.⁸⁵

Ratifica, neste sentido, a necessidade do direito em se adequar ao desenvolvimento da sociedade, transfigurando-se em ramo complexo, diversificado, com especialidade, cada vez mais concreto e fragmentado. As normas devem atender os reclames da população e não ficarem simplesmente adstritas a formalidades ou uma invasão de competência “a vácuo”, hermeticamente fechada.

Capelletti aborda tal da seguinte forma:

[...] o ideal da estrita separação dos poderes teve como consequência um judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos privados. Esse ideal significou, assim, até época relativamente recente e mesmo hoje, em não poucos países, não só a existência de um legislativo totalmente não controlado, como de um executivo também praticamente não controlado, pelo menos até que se conseguisse desenvolver um autônomo sistema de justiça administrativa, a se impor como guardião da administração pública.⁸⁶

⁸⁵ STF, Mandados de Injunção nº 670/ES e 708/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes

⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 53.

Lenza aponta para a erosão do dogma absolutista da separação de poderes,⁸⁷ ao indicar uma aceção mitigada da teoria de Montesquieu pelos sistemas constitucionais atuais, os quais teriam concebido o princípio reduzido, cuja base estrutural seria informada por um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) e por uma interpenetração de funções.

A teoria da 'tripartição de Poderes', exposta por Montesquieu, foi adotada por grande parte dos Estados modernos, só que de maneira abrandada. Isso porque, diante das realidades sociais e históricas, passou-se a permitir maior interpenetração entre os Poderes, atenuando a teoria que pregava uma separação pura e absoluta dos mesmos. Dessa forma, além do exercício de **funções típicas** (*predominantes*), inerentes e ínsitas à sua natureza, cada órgão exerce, também, outras duas funções atípicas (de natureza típicas dos outros dois órgãos). Assim, o Legislativo, por exemplo, além de exercer uma função típica, inerente à sua natureza, exerce, também, uma **função atípica** de natureza *executiva* e outra **função atípica** de natureza *jurisdicional*.

Importante notar que, mesmo no exercício da função atípica, o órgão exercerá uma função sua, não havendo aí ferimento ao princípio da separação de Poderes, porque tal competência foi constitucionalmente assegurada pelo poder constituinte originário⁸⁸ (grifos do autor)

Inocência Coelho faz menção à atual criatividade hermenêutica do Poder Judiciário, ao dizer que não se deve considerar um vício ou ser aliado, do operador do Direito, a Hermenêutica criativa é uma atividade essencial, lúdica, naturalmente exercida pelo magistrado no fluxo do processo, concretizando ainda mais o Estado Democrático de Direito. Quando bem aplicada, de forma racional, tem o poder de afastar qualquer pensamento de que tal atividade é espúria ou encontra-se à margem da lei. O repúdio à criatividade há de ser terminantemente afastado, sob pena de ficar-se aposentado à velha camisa-de-força⁸⁹.

De tal sorte, o Tribunal adotou, portanto, uma moderada sentença de perfil aditivo, introduzindo modificação substancial na técnica de decisão do mandado de injunção. Nesse sentido, o Supremo concluiu o julgamento dos três mandados de injunção no dia 25 de outubro de 2007 e, em todos eles, adotou a corrente concretista geral, garantindo o exercício do direito até que a norma seja editada pelo órgão competente.

O informativo de jurisprudência nº 485, referente ao período de 22 a 26 de outubro de

⁸⁷ Em sentido idêntico: DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 223.

⁸⁸ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 338-339.

⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 117-118.

2007, trouxe a notícia referente aos mandados de injunção 670/ES, 708/DF e 712/PA, conforme transcrição abaixo:

O Tribunal concluiu julgamento de três mandados de injunção impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo - SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM, e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP, em que se pretendia fosse garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da CF ("Art. 37. ... VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;") - v. Informativos 308, 430, 462, 468, 480 e 484. O Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. MI 670/ES, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007. (MI-670). MI 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes.

E a atual posição concretista continuou sendo confirmada no mandado de injunção que versava sobre caso de aposentadoria especial garantido nos termos do art. 40, § 4.º:

EMENTA: Mandado de injunção. Natureza. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5.º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. Mandado de injunção. Decisão. Balizas. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. Aposentadoria. Trabalho em condições especiais. Prejuízo à saúde do servidor. Inexistência de lei complementar. Artigo 40, § 4.º, da Constituição Federal. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral — artigo 57, § 1.º, da Lei n. 8.213/91” (MI 758, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 1º.07.2008, Plenário, DJE de 26.09.2008).

Assim, verifica-se que a Suprema Corte, atualmente, preocupa-se com a eficácia dos dispositivos constitucionais, com fundamento em não permitir que as normas constitucionais se degradem a ponto de deixar sua eficácia subalterna à pura vontade do legislador ordinário, buscando sanar efetivamente a síndrome de inefetividade das normas constitucionais, com

finalidade de alcançarem-se os direitos e garantias fundamentais expressa ou implicitamente previstos na Constituição da República.

Justifica-se tal posição, por meio da Carta Magna e regramento infraconstitucional. No cerne constitucional, o Princípio da Inafastabilidade do Judiciário na apreciação das lides, como prevê o inc. XXXV do art. 5º Constituição Federal de 88, infere-se a dizer que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Nesse sentido, Souto Maior Filho destaca que:

Cabe ao Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional, salvaguardar os direitos e liberdades constitucionais inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício desse. Entendemos, por último, que a decisão proferida pelo Sinédrio Federal, **trata-se concretamente de decisão suplementar e possibilitadora do exercício de direito assegurado**⁹⁰. (Grifos do autor)

No campo da legislação infraconstitucional, dando uma interpretação extensiva para a LICC, fato incontestável está na possibilidade atribuída ao Poder Judiciário de criar o direito, entendida esta criação, nos moldes que atendam ao pedido formulado na inicial desta ação constitucional, desde que logicamente acolhidos os seus pressupostos.

Dentro desta perspectiva, parece-nos que o sistema jurídico brasileiro permite a aplicação da equidade. A propósito, não é necessário cumprir rigorosamente a ordem de preferência prevista na LICC, em seu artigo 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Vários argumentos apontam esse entendimento. Não se trata no mandado de injunção de uma omissão de lei, mas de forma regulamentar, a lei já existe. O que obstaculiza a fruição do direito é a ausência de norma regulamentar. Isto não significa que a norma do artigo 4º da LICC não possa ser utilizada, mas que o juiz pratique o ideal de justiça que é muito maior do que o direito, ao forçar a materialização do direito do autor.

A atual doutrina também concorda com a posição do Egrégio Tribunal e também opta pela teoria concretista geral, a qual tem como delineamento a regra de que sempre que presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o Poder Judiciário deveria reconhecer a existência da omissão legislativa ou administrativa e

⁹⁰ SOUTO MAIOR FILHO, Marcos Antônio. Mandado de Injunção, Letra Morta ou Não? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2056>>. Acesso em: 21 jun. 2011.

possibilitar efetivamente a concretização do exercício do direito, até que fosse editada a regulamentação pelo órgão competente.

Com base na mais recente jurisprudência, pode-se defluir que o Supremo começará a pautar suas decisões conforme a corrente concretista. Contudo, é necessário ter cautela e aguardar que as próximas manifestações do Egrégio Tribunal se soltem de vez das amarras da interpretação clássica, formalismos desnecessários que, por muito tempo, impossibilitaram que o mandado de injunção cumprisse o seu desígnio.

Neste caso, o mandado de injunção combateria o “*non facere*” estatal no caso concreto. Por isso, no caso de normas constitucionais do tipo “a saúde é direito de todos e dever do Estado [...]” (art. 196 da CF) seria legítima a utilização deste instrumento constitucional, pois atacaria duplamente: a ausência de norma ou sua limitação e o fato no caso concreto. A partir disso, a Administração seria obrigada a respeitar a lei (como exemplo do art. 196, CF) e construir hospitais, contratar médicos, enfermeiros, comprar aparelhos, medicamentos, conferir condições salubres aos pacientes, investir na medicina preventiva.

Finalmente, são os dizeres de Canotilho, o qual vivifica o instrumento constitucional:

Se um mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação era vasar em moldes normativos regras actuativas de direitos e liberdades constitucionais; se, por outro lado, através de uma vigilância judicial que não extravase a função judicial, se conseguir chegar a uma protecção jurídica sem lacunas; se, através de pressões jurídicas e políticas, se começar a destruir o “rochedo de bronze” da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará os seus objectivos.⁹¹

3.3 O Mandado de Injunção como Eficaz Instrumento de Combate à Improbidade Administrativa por Omissão

3.3.1 A Cultura Brasileira da Improbidade

É comum em nosso país a utilização da função pública para alcance de fins repudiados pelo Direito. O agente público utiliza sua função e *status* como forma de auferir vantagens, regalias e privilégios, contrariando o senso coletivo e deturpando todo o ideal de democracia

⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos: o direito à emanção de normas jurídicas e a protecção judicial contra as omissões normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 367.

representativa. No lugar do poder que emana do povo e para o povo, observa-se o poder que emana do povo para interesses escusos.

A corrupção já é sintoma permanente e condição *sine qua non* para a entrada, permanência e perpetuidade no Poder Público. Culturalmente, já é popular o “entrar para roubar”, “entrar para colocar os seus”, “mamar nas tetas do Estado”, “rouba, mas faz”, denotando uma mistura entre o que é público e particular, ou melhor, transferindo recursos, benefícios que devem ser utilizados em prol do bem comum para uns poucos privilegiados.

A facilidade, o jeitinho, o levar vantagem, já é ínsito, próprio do brasileiro que leva essa tradição para a Administração Pública, tanto que Roberto Pompeu de Toledo escreveu em 05 de janeiro de 1994 na Revista Veja: “Hoje sabemos, sem sombra de dúvida, que a corrupção faz parte de nosso sistema de poder tanto quanto o feijão e arroz de nossas refeições.”⁹²

Uma das motivações é a cultura patrimonialista, arraigada nos alicerces do Brasil, que faz das estruturas públicas, áreas privadas. Tais práticas são advindas de um passado de coronelismo e clientelismo. O primeiro remonta-se pela figura dos coronéis, os quais detinham a posse de terra, subjugando os trabalhadores rurais. Já o segundo é a versão urbana do coronelismo, pois os coronéis também eram médicos, advogados e tratavam seus eleitores como “clientes”, em um passado não muito distante do voto de bico-de-pena e de cabestro.

Concessões de privilégios, acordos, conchavos e subordinação em troca de proteção patriarcal, fizeram com que os coronéis se perpetuassem no poder, criando “feudos”, onde eles eram reis, com decisões políticas pautadas em amizade e parentesco e um “rebanho” de pessoas oprimidas e dependentes.

Outra fundamentação da cultura da corrupção brasileira é a banalização e normalidade de crimes como contrabando e corrupção, tratando-se de fins plenamente justificáveis. Logo, instala-se a inversão valorativa, caminhando para a esperteza dos que corrompem contra os néscios probos.

Cita-se também a amizade, o ajudar, as trocas, o “rabo preso” que se permeia nas instituições nacionais, pois as relações estão pautadas pela amizade, solidariedade, acordos, ultrapassando todo e qualquer elemento normativo. A intimidade e a confiança mútua perpassam qualquer objetivo maior de bem estar geral, de coletividade que custeia o luxo de tantos e de cumprimento de justiça.

À baila de tal realidade deturpada vem à tona a Lei 8.429 (Lei de Improbidade Administrativa) que propõe punição severa aos maus gestores praticantes de condutas

⁹² Disponível em <http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/050194/corruptcao.html>. Acesso em 08/11/11

vedadas, ilícitas. Tais ímprobos não sofrem somente com a punição normativa, também passam por um verdadeiro “*bis in idem*”, porque são dilacerados pela mídia que através de exacerbado sensacionalismo, jogam nome e reputação deles na lama. Por vezes ficam impunes, são reeleitos, mas há de se ver que já é um começo de se atingir os inatingíveis e principalmente da criação da conscientização política.

3.3.2 A Improbidade Administrativa por Omissão

A improbidade é todo ato comissivo ou omissivo que causa dano ao Erário, fere os princípios da Administração Pública, contraria qualquer senso de honestidade, foge do interesse público e deturpa o papel de atuação do Estado. Por muitas vezes, causa o enriquecimento ilícito dos administradores por meio do dinheiro público, além de propugnar por padrões éticos na postura dos administradores, prendendo-os a uma legalidade estrita.

A Lei 8429/92, além de consagrar os elementos supracitados, também trouxe a independência das sanções penais, civis e administrativas pelo mesmo ato ilícito. Não obstante adotou fortes sanções para os ímprobos, tais quais: ressarcimento integral do dolo; suspensão dos direitos políticos; pagamento de multa civil; perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; perda da função pública; proibição de contratar com o Poder Público. Asseguram tais medidas, a concessão de cautelares no sentido de quebrar sigilo bancário, fiscal, patrimonial, afastamento do cargo, indisponibilidade dos bens, além das medidas do Código de Processo Civil (produção antecipada de provas, exibição de documentos, busca e apreensão)⁹³.

O Ministério Público como guardião do interesse público é o legitimado para propor a Ação Civil Pública, que terá rito ordinário, tramitando nas varas cíveis estaduais ou federais. A Lei de Improbidade Administrativa veio primar pela dignidade, eficiência e bons resultados na Administração Pública. Ao lado da Lei de Responsabilidade Fiscal há a pressão exercida pela imprensa e sociedade civil. Assim, a moralidade vem para se instalar em definitivo na administração e realizar uma limpeza nos que ainda insistem em defender seus interesses e enriquecer às custas do Erário e cargo que ocupa.

O cerne desse trabalho é sua forma omissiva, ou seja, quando o administrador público tem o dever de fazer e não o faz. São exemplos: o recebimento de vantagem econômica indevida; recebimento de vantagem para facilitar negócio superfaturado; recebimento de vantagem para tolerar prática criminosa; recebimento de vantagem para prevaricar; frustração

⁹³ SARMENTO, George. **Improbidade administrativa**. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2002.

de processo licitatório; negligência na arrecadação e na conservação do patrimônio público; liberação ou aplicação irregular de verba pública; favorecimento ao enriquecimento ilícito de terceiro; omissão de ato de ofício; violação ao princípio da publicidade. Em todos esses casos, o administrador, eivado de má-fé, abre mão de seguir os conformes do emanado na norma, incorrendo nos tipos admitidos na lei para auferir vantagens pessoais, prestar favores e ganhar dinheiro.

Por fim, há de se ressaltar a posição altaneira, vanguardista e corajosa do Ministério Público do Estado da Paraíba, mais precisamente sua Comissão de Combate aos Crimes de Responsabilidade e à Improbidade Administrativa (CCRIMP) que, por meio de investigação plena e persecução judicial de agentes públicos estaduais e municipais detentores de prerrogativa de foro especial perante o Tribunal de Justiça Estadual, vem conseguido combater o câncer da improbidade e a sua decorrente impunidade.

Nesse sentido, vem, desde 2010, interpondo ADINs em face de leis municipais notadamente inconstitucionais que estavam tornando permanentes as situações de servidores contratados por excepcional interesse público. Não obstante, vem determinando a realização de concurso público, fiscalizando processos licitatórios, ajustando a conduta dos administradores com o mais nobre dos fins: elevar a Administração Pública municipal e estadual da Paraíba ao patamar mais alto de moralidade.

3.3.3 O Mandado de Injunção como Remédio para Improbidade por Omissão

Conforme bem definiu a Min. Cármen Lúcia, no julgamento de vários MI's (MI 828/DF, MI 841/DF, MI 850/DF, MI 857/DF, MI 879/DF, MI 905/DF, MI 927/DF, MI 938/DF, MI 962/DF, MI 998/DF), “[...] o mandado de injunção é ação constitucional de natureza mandamental, destinada a integrar a regra constitucional ressentida, em sua eficácia, pela ausência de norma que assegure a ela o vigor pleno”.

Logo, a partir da eficácia mandamental que tem o condão de impor e ordenar, somada à adoção da Teoria Concretista, a qual concede ao mandado de injunção que não só declare a omissão legislativa, mas também, conceda o direito de plano para que o impetrante não fique sem uma resposta concreta, conseguir-se-á extrair a máxima eficiência do “*writ*”, não apenas restringindo a sua atuação contra a falta de norma regulamentadora, mas também, compelindo a Administração a executar o que lhe é imputado por lei. Impossibilitando que ela se omita nos diversos casos concretos, aviltantes dos direitos fundamentais, e impondo ainda mais moralidade no tratamento dos recursos públicos.

Aconteceria, no caso concreto, uma revitalização na tripartição dos Poderes com um Judiciário menos engessado, um Legislativo mais ativo, proponente de respostas mais céleres e eficazes à sociedade e um Executivo mais fiscalizado, mas também mais concretizador de direitos. Nesta senda, os poderes deixariam de ser um óbice estático no tempo e adaptar-se-iam a uma dinâmica que acompanharia sobremaneira o desenvolvimento, as necessidades e questões.

Aqui, de pronto, são refutáveis os argumentos de que já existe ação civil pública, mandado de segurança, ação popular e que o uso da injunção seria mera “poluição” jurídica. Pois, só este *writ* constitucional consegue somar uma força imperativa, mandamental, com a notificação da omissão do legislativo, uma espécie de regulamentação provisória da norma pelo Judiciário, além do gozo do direito pleiteado na ação, enquanto não sobrevier norma que o regulamente. Ou seja, difícil encontrar ação tão completa e que conceda tanto azo à criatividade do jurista.

Também sucumbe qualquer argumento que não é de competência do mandado de injunção tratar de omissões ímprobas do Poder Público. Ora, o instrumento é afeito aos direitos sociais e deve ser manejado, conforme assinalado no art. 5º LXXI: “[...] conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Cidadania nada mais é do que o conjunto de direitos políticos que goza o indivíduo e que lhe permite intervir na direção dos negócios públicos do Estado. Por conseguinte, nada mais devido que o cidadão impetrar mandado de injunção para intervir nos negócios públicos (omissões ilegais) e conseguir o direito que lhe está sendo tolhido pela ausência de norma regulamentadora e omissão legislativa.

No caso concreto, o mandado de injunção poderia tutelar vultosos problemas da conjuntura atual, provenientes de um Poder Público falho, inerte e avesso à dignidade. Poder-se-ia combater com o manejo desse instrumento: não contratação de concursados; não construção de hospitais; falta de qualidade na merenda escolar; ausência de pagamento do piso salarial aos professores da rede pública; falta de equipamentos necessários à segurança pública; insuficiência de recursos para desenvolvimento da agricultura; inexistência de concurso na Defensoria Pública; a humilhante situação de quem precisa de remédios de uso continuado, todos os consectários resultantes da destinação desarrazoada dada aos recursos públicos.

Logo, poder-se-ia elucidar todos os problemas face à inação. Seriam resolvidos com o direito de ação constitucional e tal resolução não implicaria, em absoluto, na invasão de

competência entre os poderes. Apenas, o Judiciário estaria cumprindo sua função de fazer com que a lei seja cumprida, não exercendo papel de legislar, porque a lei em si já existe, muito menos de executar, pois somente ordena o que legalmente há de ser feito pela Administração, auferindo a possibilidade de exercício do direito.

O álibi usado pelos representantes do povo é que os recursos são poucos e não podem abranger todas as mazelas sociais. A efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais são colocados dentro de uma "reserva do possível" e apontados dentro de dependência aos recursos econômicos. Justificando-se que os direitos sociais, diferentemente dos individuais e políticos, dependem de prestações positivas do Estado para sua implementação, enfrentando assim o problema da escassez dos recursos públicos, sempre menores que as necessidades.

Contudo, é defendido pela doutrina o mínimo existencial, correspondente ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí, considerada não apenas como experiência física - a sobrevivência e manutenção do corpo - mas também espiritual e intelectual; aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento.

O Estado deve respeitar a dignidade da pessoa humana e fomentar contundentes políticas públicas que possibilitem a solução dos problemas vividos. Não pode se apoiar em falácias teóricas construídas por quem nunca viveu em situação de miséria ou simplesmente esquivar-se, argumentando que não é possível. O mandado de injunção é sem dúvida o instrumento necessário para fomentar uma existência plena aos direitos fundamentais de segunda geração, fazendo desse modo que o Legislativo deixe de se omitir, o Executivo materialize os direitos normatizados e o Judiciário possa conceder a segurança e os direitos daqueles que mais precisam de urgentes respostas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importante preocupação com o controle das omissões públicas possui espaço vultoso em toda doutrina. No plano da Sociologia, almeja-se uma cidadania ativa, com a participação dos mais diversos seguimentos da sociedade, com a finalidade de lutar por aquilo que é posto em norma, mas desonradamente descumprido.

Reputa-se por uma isonomia especializada com “doses” proporcionais de cidadania, de acordo com as necessidades de cada um, portanto igualando-os indistintamente cada um em suas diferenças. Tais discrepâncias são mais contundentes em países periféricos, os quais possuem intenso controle político nas mãos de minorias, deixando o aspecto jurídico e normativo longe de uma plenitude.

No plano jurídico, pode-se observar uma reação a esses vícios, com a Constitucionalização do Processo que é iniciada quando os textos legais passam por um processo de socialização, fazendo com que a jurisdição, ação e processo sejam matérias também de cunho constitucional.

Com isso, o processo constitucional torna-se um potencializador dos direitos fundamentais, com caráter garantidor e pugnando pelo manejo operacional dos elementos para consubstanciarem uma plena concretude de direitos alcançando todos os seus destinatários, sem exclusões de cunho preferencial, por apadrinhamento, conhecimento, mas em si dando a cada um o que de fato é seu.

De outra banda, ou de forma complementar, enxerga-se o ativismo como um Judiciário preocupado não só pela existência ou regulamentação de normas, mas propriamente preocupado com a injustiça ou a justiça tardia. Assim, mesmo sem previsão legal, ordena que o administrador aja para que a população não fique desamparada. Isso posto, não implica sobremaneira em rompimento com a separação dos poderes, muito pelo contrário, mostra-se uma teoria que se desenvolveu, especializou e consegue suprir as dificuldades ou inoperâncias de um poder com o outro.

Contudo, como meio mais eficaz para o combate às omissões proibidas por lei, vislumbra-se o mandado de injunção que com a adesão à Teoria Concretista, eficácia mandamental, mesmo rito especial do mandado de segurança concedidas pelo Supremo Tribunal Federal, poder-se-ia constituir em mora o Legislativo, compelir a regulamentar a norma de eficácia limitada, conceder de pleno gozo o direito pleiteado, conferindo respostas concretas para ação e ainda com o *plus* de sua celeridade. Por tais características elencadas, tal

ação poderia substituir a Ação Civil Pública e Ação Popular no combate à Improbidade Administrativa, dando com toda convicção resultados mais eficientes para os que mais precisam.

Há de se falar também que o mandado de injunção guarda pertinência temática com a improbidade, abrindo-se mão de qualquer necessidade de emenda constitucional, já que o instrumento constitucional é garantidor de cidadania. Logo, nada mais afeito à cidadania do que um Executivo e Legislativo presente e que repute suas ações na isonomia, legalidade e moralidade.

Atuações como a do Ministério Público do Estado da Paraíba devem ser aplaudidas e copiadas no resto do Brasil. Pois a partir de inquéritos, prestações de contas, persecuções processuais e interposições de Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, vem-se conseguindo alcançar elevado grau de respeito com as verbas públicas municipais e estaduais, não deixando de lado a eficiência que deve pautar os atos administrativos.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BADR, Eid. Princípio da motivação das decisões judiciais como garantia constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2415, 10 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14333>>. Acesso em: 5 set.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e Constituição: o devido processo legal. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Nova Fase, Belo Horizonte, a. XXX, n. 23-25, 1980-82.
- _____. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- _____. Disponível em: www.mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_55_56/Jose_Baracho.pdf Acesso em: 5 set. 2011
- BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.
- BRASIL, STF, ADPF 45, Min. Rel. Celso de Mello, DJU 04/05/04
- BRASIL, STF. STA 244. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE. 24/09/09
- BRASIL, STF – MI nº 107, Rel. Ministro Moreira Alves, DJU, 21.9.1990.
- BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, s/a.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- _____. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos: o direito à emanção de normas jurídicas e a protecção judicial contra as omissões normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de

Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Portugal: Almedina, 2002.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999.

COSTA JÚNIOR, Ademir de Oliveira. A eficácia horizontal e vertical dos Direitos Fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 41, 31/05/2007. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1838. Acesso em: 03/11/2011.

COLLINS, Randal. **Quatro tradições sociológicas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**, São Paulo: RT, 1987.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1997.

DONIZETTI, Elpídio. O processo como meio de efetivação dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2564, 9 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/16936>>. Acesso em: 5 set. 2011.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. São Paulo: Globo, 2008.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal**. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Ciudad Del México, a. X, vol. 30, p. 315-348, 1977.

GOMES, Luiz Flávio. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12921>. Acesso em: 03/11/2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo e DINAMRICO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1997.

HAGE, Jorge. A realização da constituição, a eficácia das normas constitucionais e o mandado de injunção. In: **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Ano 5, nº 9, p., 1997.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Newton de Oliveira. A jurisdição constitucional procedimentalista como meio de construção de direitos fundamentais. **Revista Jus Vigilantibus**, Segunda-feira, 15 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/37511/3>. Acesso em: 17/11/2011.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2010.

MARCATO, Antônio Carlos. Preclusões: Limitação ao Contraditório? **Revista de Processo**, São Paulo, ano 5, nº 17, 1980

MARCONI, Marina de Andrade e LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia**

científica. São Paulo: Atlas, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Teoria geral do processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Elementos de direito administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as possíveis limitações, hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Princípios do processo civil na constituição federal.** 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica: uma síntese. **Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco**, Recife, v. 1, 1997.

_____. Do consenso ao dissenso: o estado democrático de direito a partir e além de Habermas. In: SOUZA, Jessé (org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea.** Brasília: Editora UnB, 2001.

_____. **Entre têmis e leviatã: uma relação difícil – o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo Franco. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Volume IV. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iv/processo-constitucional-uma-abordagem-a-partir-dos-desafios-do-estado-democratico-de-direito/>. Acesso em: 17/11/2011.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROSA, André Vicente Pires. **Las omisiones legislativas y su control constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. **Mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, George. **Improbidade administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal – due process of law**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SOUTO MAIOR FILHO, Marcos Antônio. Mandado de Injunção, Letra Morta ou Não? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2056>>.

SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

STENDHAL. **O vermelho e o negro**. São Paulo: Nova Cultural, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Constituição de 1988 e processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília: Editora UnB, 2004.